



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

OS EFEITOS DA SIMULAÇÃO

ANDRÉ BARBOSA GUANAES SIMÕES

LISBOA
OUTUBRO DE 2016



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

OS EFEITOS DA SIMULAÇÃO

*Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito.*

*Orientador: Professor Doutor Pedro Nuno
Tavares Romano Soares Martinez*

ANDRÉ BARBOSA GUANAES SIMÕES

LISBOA
OUTUBRO DE 2016

À minha mãe, Ângela, por ser exemplo de resiliência nas situações difíceis.

À minha esposa, Caroline, pelo apoio e pelo incentivo indispensáveis à conclusão deste trabalho.

Aos meus filhos, Artur e Lucas, só por existirem.

AGRADECIMENTOS

É imprescindível o agradecimento à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e aos Doutores Pedro Romano Martinez, Pedro Madeira de Brito, José Luis Ramos, Rui Pinto, José Alberto Coelho Vieira e Manuel Januário da Costa Gomes, pelo esforço em oferecer, em terras brasileiras, pós-graduação de tão elevado nível.

De igual forma, dirige-se especial agradecimento à Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, pela louvável iniciativa de ir tão longe e de enfrentar consideráveis dificuldades burocráticas para disponibilizar, a magistrados de todo o Brasil, esse importante meio de qualificação pessoal e profissional.

Quer-se agradecer também a Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso, por intermediar, com empenho, perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, a concessão das condições necessárias à participação neste programa de pós-graduação.

Por fim, graças exclusivas vão à minha esposa, Caroline, que, além do incentivo, em muitas ocasiões tomou posto que não era só seu nos assuntos familiares.

*A História do Direito consiste num progresso
que, partindo do status, conseguiu chegar ao
contrato.*

HENRY SUMNER MAINE

RESUMO

SIMÕES, André Barbosa Guanaes. *Os Efeitos da Simulação*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Programa de Ciências Jurídicas.

Foi objetivo desta dissertação o estudo da simulação e, especialmente, de seus efeitos. Por meio de investigação bibliográfica e jurisprudencial, analisaram-se, inicialmente, os fundamentos teóricos do processo de significação jurídica, da autonomia privada e do negócio jurídico. Com foco no elemento da vontade, passou-se ao compêndio das teorias que conformam o negócio jurídico, para, depois, avançar às invalidades que o acometem. Com essa base teórica, iniciou-se o estudo da simulação. Deu-se particular atenção à evolução que teve a figura na sucessão das leis que a definiram, tanto no Direito português como no brasileiro. Viu-se, na comparação a outros defeitos e negócios similares, método de definir, com precisão suficiente, os contornos da simulação. Daí se revelaram seus elementos constitutivos: a divergência entre a vontade dos simuladores e a declaração negocial, o ajuste simulatório e a intenção de enganar terceiros. A identificação do procedimento simulatório, apartando-se o negócio simulado do dissimulado, permitiu que se investigassem, autonomamente, os efeitos jurídicos correspondentes. O tratamento legal ao negócio simulado, antes sancionado à anulabilidade, agora à nulidade, e bem assim a preferência jurisprudencial pela segunda mesmo antes da vigência da nova lei, mereceram tópicos específicos. Passou-se, então, à determinação dos legitimados à desconstituição do negócio simulado, sem descurar do possível interesse que têm alguns na suspensão dos efeitos da invalidação, desde que qualificados como de boa-fé. A posição dos terceiros, dos herdeiros e dos credores foi observada. Seguiu-se, então, ao estudo do negócio dissimulado, de sua relação com o simulado e em quais condições pode produzir efeitos. Quanto a tais requisitos de validade, ponderou-se, em especial, sobre a questão da forma. Identificaram-se as teorias adotadas pela doutrina portuguesa e a que a jurisprudência acolheu. Nesse tópico, no Brasil, questionou-se inicialmente a falta de análise mais atenta por parte dos tribunais e, depois, admitiu-se a adoção da teoria lusitana. Foram também enunciadas as qualidades do negócio dissimulado que impedem seu reconhecimento oficioso pelo juiz. Ao final, verificou-se de que modo seriam reguladas as simulações celebradas no período de transição das leis civis, do vetusto Código Civil ao novo.

Palavras-chave: negócio jurídico; simulação; dissimulado; vontade; declaração.

ABSTRACT

SIMÕES, André Barbosa Guanaes. *Effects of Simulation*. 2016. Dissertation (Master of Laws). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Programa de Ciências Jurídicas.

It was the objective of this dissertation the study of simulation and, specially, of its effects. Through bibliographic and jurisprudential investigation, the theoretical foundations of the legal qualification process, of the private autonomy and of the legal transaction were analyzed. Focused on the element of intention, the theories that mold the legal transaction were epitomized, to only then move to the invalidities that affect it. On this theoretical foundation, the study of simulation was started. Particular attention was given to the evolution that simulation deserved from the several laws that followed in Portugal and in Brazil. By comparing it to other defects, it was possible to define, with sufficient precision, the aspects of simulation. This procedure revealed its constitutive elements: the deviation of the intention of the parties from the real transaction, the simulation pact, and the will to deceive third parties. The identification of the simulation process, setting apart the simulated transaction from the dissimulated one, allowed the autonomous investigation of the respective legal effects. The treatment given by the law to the simulated transaction, moving from annulability to nullity, as well as the jurisprudential preference to the last even before the new Code was effective, both deserved their own topics. The study then moved to specify the parties empowered to invalidate the simulated transaction, without losing focus on the interest that some may have in suspending the effects of the annulment, once they are proved to be in good faith. The situation of third parties, heirs and creditors was observed. At this point, the dissimulated transaction was studied, as well as its relation to the simulated transaction and in which conditions it produces its effects. As to these requirements, special attention was given to the matter of formality. The Portuguese theories were identified as well as the one chosen by the court. In that topic, about Brazil, the lack of a strict analysis by the courts was questioned. Then, the Portuguese theory was adopted. The qualities of the dissimulated transaction that prevent it from being declared by the judge without request by the parties were also presented. Finally, it was verified the way the simulated transactions were to be regulated at the period the old Civil Code was followed by the new one.

Keywords: transaction; simulation; concealed; intention; declaration.

SUMÁRIO

Introdução	1
1. O Negócio Jurídico.....	6
1.1. Os Fatos e o Processo de Significação Jurídica	6
1.2. A Autonomia Privada	7
1.2.1. O Conteúdo da Autonomia Privada: A Liberdade Negocial, nos seus Aspectos Estático e Dinâmico, e a Vinculação	7
1.2.2. O Reconhecimento Jurídico da Autonomia Privada.....	9
1.2.3. Os Limites da Autonomia Privada	12
1.2.4. O Negócio Jurídico como Instrumento da Autonomia Privada.....	14
1.3. Conceito de Negócio Jurídico	15
1.3.1. Considerações Iniciais.....	15
1.3.2. O Negócio Jurídico como Operador Abstrato	16
1.4. Os Elementos do Negócio Jurídico: A Questão da Declaração de Vontade	19
1.5. A Qualificação dos Negócios Jurídicos: Os Planos da Existência, da Validade e da Eficácia	21
1.6. A Vontade	25
1.6.1. Breve Panorama das Teorias Subjetivistas.....	25
1.6.2. As Concepções Objetivistas.....	28
1.6.3. O Estabelecimento do Regime	29
1.7. A Invalidade dos Negócios Jurídicos	31
1.7.1. A Nulidade.....	32
1.7.2. A Anulabilidade	35
1.7.3. A Irregularidade	36
2. A Simulação	37
2.1. Breves Considerações sobre a Evolução Histórica do Instituto	37
2.1.1. Em Portugal.....	40
2.1.2. No Brasil.....	42
2.2. A Identificação da Figura	46

2.2.1.	Aspectos Gerais.....	46
2.2.2.	A Divergência entre a Vontade Interna e a Declaração	47
2.2.3.	O Ajuste Simulatório	48
2.2.4.	A Intenção de Enganar Terceiros.....	51
2.3.	Figuras Afins	55
2.3.1.	A Reserva Mental.....	55
2.3.2.	Simulação e Falsidade	58
2.3.3.	Simulação e Negócio Indireto	60
2.3.4.	Simulação e Fraude.....	63
2.4.	As Formas da Simulação.....	67
2.4.1.	Análise Intrínseca: A Simulação Absoluta e a Relativa	67
2.4.2.	A Visão Externa: A Simulação Inocente e a Fraudulenta	70
2.5.	As Hipóteses do Código Civil Brasileiro.....	71
2.5.1.	Interposição Fictícia de Pessoa	71
2.5.2.	Declaração Não Verdadeira	72
2.5.3.	Simulação de Data	72
2.6.	Outras Hipóteses de Simulação	73
2.6.1.	A Simulação nos Negócios Familiares	74
2.6.2.	A Simulação de Testamento	75
3.	Efeitos da Simulação	76
3.1.	A Invalidade do Negócio Simulado.....	76
3.1.1.	A Evolução do Regime Simulatório Brasileiro.....	76
3.1.1.1.	Os Efeitos da Simulação no Código Civil de 1916	76
3.1.1.2.	A Nova Posição do Código Civil de 2002	81
3.1.2.	A Nulidade do Negócio Simulado.....	83
3.1.3.	A Legitimidade dos Simuladores.....	86
3.1.4.	A Legitimidade dos Terceiros.....	88
3.1.4.1.	Os Terceiros	88
3.1.4.2.	A Noção de Prejuízo.....	89

3.1.4.3. O Interesse como Novo Critério de Legitimação	90
3.1.4.4. A Prescindível Boa-Fé	92
3.1.5. A Legitimidade do Credor	94
3.1.6. A Legitimidade dos Herdeiros	96
3.1.7. O Reconhecimento Oficioso	97
3.2. A Simulação e a Proteção dos Terceiros	98
3.2.1. A Inoponibilidade	99
3.2.2. Os Terceiros	100
3.2.3. A Boa-Fé	101
3.2.4. O Pressuposto Negativo do Enriquecimento Indevido	103
3.2.5. O Conflito entre os Terceiros	105
3.3. O Negócio Jurídico Dissimulado	109
3.3.1. A Validade do Negócio Dissimulado: A Questão da Forma.....	111
3.3.2. A Impossibilidade do Reconhecimento Oficioso	116
3.4. O Direito Intertemporal.....	117
4. Conclusões	119
Referências	126

INTRODUÇÃO

A crítica que se faz à Ciência do Direito por aqueles que ainda se surpreendem pela simples existência de diferentes leis para governar uma mesma situação de fato, sempre variando os regimes jurídicos conforme se cruzem as fronteiras de um país a outro, ou mesmo por aqueles que se incomodam com a possibilidade de a pena atualizadora do legislador pintar em tom sépia toda uma biblioteca de doutrina, podia muito bem ter a simulação como exemplo.

Ninguém haveria de recriminá-los se os críticos assim pusessem em causa a suficiência do ordenamento jurídico para o tratamento de desvios tão comuns, cuja reiteração haveria já de ter permitido ao cientista atento a identificação de todas as características do fenômeno. Fosse a legislação brasileira sobre a simulação o parâmetro qualitativo do estágio de desenvolvimento da ciência jurídica, a defesa alcançaria outro nível de dificuldade.

Decerto que, se as ocorrências naturais podem ser compreendidas e explicadas de forma definitiva, a lei, diferentemente, não se demonstra e não expressa o que existe, mas o que deve ser¹. Sujeita-se, assim, a erros de prognósticos e à incompreensão dos intérpretes. Mantém-se firme, porém, a constante necessidade de investigação doutrinária, a fim de apartar os erros dos acertos, corrigindo também o rumo tomado conforme assim o demandem as inquietações sociais.

O instituto da simulação, a exemplo de tantos outros, conheceu notável evolução desde as mais antigas ordens até o Direito contemporâneo, avançando, passo a passo, conforme se confirmavam ou se afastavam as teorias que o concebiam e que pretendiam governá-lo.

Nesse constante aprimoramento, basta que se inicie, por ora, a partir do primeiro Código Civil brasileiro. À época, concebeu-se a simulação como defeito dos atos jurídicos, de modo a ensejar só a anulação do negócio em que fosse constatada essa intencional divergência entre a vontade das partes e a declaração negocial. Situação semelhante aconteceu em Portugal, mas a doutrina², desconfiada da precisão terminológica do legislador, acudiu para afirmar qual a consequência mais adequada. A isso se soma a notória posição da jurisprudência brasileira, que, ainda sob a égide do aludido Código, a despeito da expressa orientação legal, sancionava à nulidade – e não à anulabilidade – o negócio simulado.

¹ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil*, v. I, tomo I, p. 328.

² *A Simulação em Direito Civil*, p. 321.

No sistema do vetusto Código, não ganhava relevo jurídico a simulação inocente. A não ser constatada uma intenção específica de determinar certo prejuízo a terceiros, a simulação sequer se considerava defeito. Sua contraparte, dita de fraudulenta, entrava para o mundo jurídico com características próprias, que a diferenciavam das figuras correspondentes em outros ordenamentos. Os simuladores, no que servem de exemplo, não podiam invocar a simulação e, assim, mantinham-se presos ao negócio simulado.

Com esses predicados, o sistema simulatório brasileiro não existe mais. Tomou-lhe lugar outro, mais moderno, instituído pelo Código Civil de 2002³. A simulação deixou a companhia dos vícios de vontade e se inseriu entre os casos de nulidade do negócio. O defeito, agora de declaração, passou a ensejar, adiantou-se, a nulidade do negócio jurídico.

Nessa condição, a propósito de sua significação jurídica, não mais releva que a simulação tenha por finalidade a imposição de prejuízo a terceiras pessoas. Aparentemente, ambas as espécies, inocente e fraudulenta, qualificam-se como defeito a exigir a nulidade do negócio simulado. Com essa nova e mais severa sanção, podem vir outras consequências, próprias do sistema geral de nulidade. A convalidação pelo tempo e a confirmação pelas partes, admitidas aos casos de anulabilidade, não têm aplicação segura no sistema simulatório. Mais importante: a nulidade, como regra geral, confere legitimidade para invocar a simulação a todo e qualquer interessado. Nessa esteira, os simuladores podem ter se libertado do negócio aparente, ao menos no que toca à relação interna.

A mudança do regime, aliás, pode ter modificado inclusive o critério de legitimação dos terceiros. A simulação não é mais só a fraudulenta, de modo que, com base no prejuízo, não se poderia reconhecer os terceiros que detêm poder para a invalidação do negócio. A questão, a ser tratada conforme o regime geral das nulidades, aparentemente trouxe à tona o critério do interesse.

A forma de proteção alheia foi igualmente alterada. Ressalvaram-se os direitos dos terceiros – agora, expressamente, os de boa-fé –, supostamente em face apenas dos próprios simuladores. Como antes, nenhum movimento se fez para a enunciação de critérios pelos quais se solucionariam os conflitos entre terceiros.

Outra omissão que existia no diploma anterior, referente ao negócio dissimulado, subjacente ao simulado, foi suprida pelo atual Código Civil. Mas as ponderações doutrinárias acerca do negócio oculto ainda servem à atual legislação, notadamente no

³ Disse-o o próprio Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, Professor MIGUEL REALE, *Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado*, p. 59, na exposição de motivos encaminhada ao Ministro da Justiça: *relevante alteração se fez no tocante ao instituto da simulação, que passa a acarretar a nulidade do negócio jurídico simulado, subsistindo o dissimulado, se válido for na substância e na forma.*

que se refere aos requisitos de validade do ato encoberto. A lei, ao mencionar a subsistência do que se dissimulou apenas se válido for na substância e na forma, não definiu explicitamente de que forma se deve considerar o negócio dissimulado quanto a eventual formalidade que dele for exigida.

Mesmo o suporte da simulação, o que seja, o negócio jurídico, mereceu alguma atualização no novo Código Civil. Adotou-se expressamente a teoria dualista, a subdividir os fatos jurídicos em negócios jurídicos e atos jurídicos.

Diante desse novo quadro legislativo, responsável por alterar substancialmente a simulação em praticamente todos os seus aspectos, importa definir os atuais contornos da figura, especialmente para que, ao final, revelem-se os efeitos que aqui se investigam.

A esse destino se chegará partindo da compreensão do âmbito em que se insere o próprio negócio jurídico. A autonomia privada, especialmente pela limitação que sofre do ordenamento jurídico, haverá de enunciar as contenções à liberdade dos particulares na satisfação de seus interesses. De igual forma, o entendimento do negócio jurídico, instrumento da autonomia e suporte da simulação, permitirá que com mais facilidade se precisem os elementos afetados pelo vício da declaração e, tão importante quanto, as formas pelas quais o ordenamento pode reagir. A vontade e a declaração negocial, notoriamente os elementos denunciadores da simulação, merecerão idêntica atenção.

Porque a simulação, no que se refere às suas consequências jurídicas, escora-se em grande parte no regime comum de invalidades e, também, porque, de todo modo, o regime geral haveria de servir como parâmetro ao que eventualmente se aplique ao sistema simulatório, dedicar-se-á espaço importante à análise do tema. A identificação das particularidades das invalidades, tanto a nulidade como a anulabilidade, poderá adiantar a forma pela qual se tratam as configurações dos negócios simulados e dissimulados.

A base teórica que se construirá por meio dessa investigação preliminar permitirá que se inicie o estudo da simulação propriamente dito. Mas a definição da figura, com a precisão que se quer, só se dará com o levantamento de sua evolução histórica. Nessa tarefa, em muito auxiliará a leitura das atas das várias reuniões das comissões elaboradoras assim do Código Civil de 1916 como do de 2002.

Passar-se-á, a seguir, à determinação dos elementos constitutivos da simulação: a divergência entre vontade e declaração, o ajuste simulatório e, conforme o que se apurar, a intenção de enganar ou de prejudicar terceiros precisarão de ponderação. Valer-se-á, aliás, da comparação da simulação e de outros defeitos, para a mais correta representação do instituto.

É indispensável, ainda, à posterior delimitação de seus efeitos, que se classifiquem os mais variados aspectos da simulação e as formas que pode assumir conforme o ditam as circunstâncias do negócio. O apartamento interessa porque as consequências podem variar conforme se trate do negócio aparente ou do que se encobriu. Não se aprofundará, entretanto, a chegar às minúcias que podem ter algumas espécies de simulação. No que serve de exemplo, a simulação fiscal, justamente por conta das modulações impostas por princípios específicos do Direito Tributário, estranhos à seara deste trabalho, não será objeto de estudo.

Esse caminho se percorrerá para se chegar a este ponto: os efeitos da simulação. A forma pela qual se sancionava à anulação o ato aparente, a reação da jurisprudência brasileira a essa aparente excentricidade, bem como a alteração promovida pela nova lei civil, serão todas objeto de averiguação. Na sequência, serão sistematizadas as reações de terceiros a esse vício de declaração, para a paralisação dos efeitos de sua desconstituição, ou mesmo para a manutenção daquele estado de aparência, tanto na relação que tiverem com os próprios simuladores, como na que se estabelecer só entre terceiros. Depois, avançar-se-á ao negócio jurídico dissimulado, mais precisamente àquilo que se refira às circunstâncias que autorizam a produção de efeitos próprios, tais como obscuramente pretendidos pelas partes. Desde logo se mostra relevante a consideração da forma do negócio dissimulado, quando a lei o quiser com alguma solenidade.

Nessa empreita, auxiliarão, a todo tempo, a consulta bibliográfica, a investigação jurisprudencial e o Direito comparado. Quanto ao último, adianta-se, de logo, a preferência à legislação portuguesa. Assim se faz em razão da proximidade que guardam os ordenamentos dos dois países. O Brasil, adiante se explicitará, à época da independência, importou toda a legislação portuguesa e a fez vigente no país até que as leis genuinamente brasileiras houvessem de substituí-la. Nosso Direito, por conta disso, não veio só da semente, mas de um galho que, tirado de Portugal, aqui se plantou⁴. Para além disso, verifica-se, na lei lusitana, sistematização que faz falta à brasileira. A comparação, por essa mesma razão, permitirá, presume-se, algum avanço doutrinário e, quiçá, jurisprudencial.

Há, na doutrina brasileira, o clássico trabalho de HOMERO PRATES, já datado, porque elaborado ainda sob a égide da legislação anterior. Modernamente, destacam-se as obras de ITAMAR GAINO e de ALBERTO JÚNIOR VELOSO, valiosas, inclusive, à produção do texto que se segue. Alguns pontos, entretanto, merecem nova visita, para adicionar às razões anteriores outras, ora à confirmação, ora à discordância. Outras questões, porém,

⁴ ANDRÉ RUBENS DIDONE, *A Influência das Ordenações Portuguesas e Espanhola na Formação do Direito Brasileiro do Primeiro Império*, p. 8.

ainda estão a merecer elaboração, nomeadamente os efeitos da simulação, assunto ao qual aqui se dedica.

Pretende-se, ao final, entregar modesta contribuição à elucidação da figura da simulação e dos efeitos que normalmente se desprendem dos negócios simulados e dissimulados. O êxito, evidentemente, permitirá compreensão mais adequada dos inúmeros casos em que os particulares, por mau uso do instrumento que se pôs à disposição deles para a satisfação de seus interesses, celebram negócio só aparentemente. Como bônus, fortalecer-se-á, perante os críticos, no mínimo que seja, a defesa do Direito.

1. O NEGÓCIO JURÍDICO

1.1. OS FATOS E O PROCESSO DE SIGNIFICAÇÃO JURÍDICA

As ocorrências que, por si ou por seus efeitos, forem afetas ao campo daquilo que a experiência histórico-cultural da humanidade destacar como pertinentes à preservação do agrupamento social são as que possuem relevância jurídica⁵. É do ordenamento jurídico, no atendimento a essa finalidade maior de manutenção da sociedade, a alta função de identificar, entre tantas, as exteriorizações historicamente tidas por relevantes, cuja viabilidade e estabilidade dependam de sua intervenção e regulação⁶, e conferir-lhes juridicidade. A significação jurídica, então, não é predicado intrínseco de alguma atuação humana ou de um acontecimento natural⁷, mas resultado de operação de subsunção de um fato, de suas circunstâncias ou de seus efeitos a uma antecipação normativa⁸.

No conjunto dos fatos que compõem a fenomenologia jurídica, apartam-se, dos naturais, os que decorrem da atuação exterior do sujeito na sociedade. O critério, simples só na aparência, serve à classificação dos fatos jurídicos apenas quando bem identificado o móvel da significação jurídica⁹: se efetivamente o comportamento humano, precedido da consciência que comumente o determina, ou se a modificação de uma realidade que lhe é exterior e que pode, ou não, ser decorrente daquele¹⁰. Por isso é que JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO¹¹ admite fatos jurídicos em sentido restrito praticados pelo homem.

Sob o rótulo de ato jurídico, agrupavam-se, no Código Civil Brasileiro de 1916, todas as manifestações humanas juridicamente qualificadas. Essa teoria monista, à margem da sistematização consagrada¹², não mereceu novo aval do legislador. O Código Civil Brasileiro de 2002, cientificamente mais apurado, considerou, de um lado, embora num único artigo¹³, as manifestações humanas tendentes só ao desencadeamento de

⁵ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, tomo I, p. 329.

⁶ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, tomo I, p. 328.

⁷ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 02.

⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 10.

⁹ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 11.

¹⁰ O proprietário do imóvel adquirirá a propriedade dos frutos daquilo que semear. Mas o mesmo efeito jurídico ocorrerá se a semente houver sido ali depositada pelo vento. EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 11.

¹¹ *Direito Civil: Teoria Geral*, v. II, p. 12.

¹² ZENO VELOSO, *Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 04. Mas, para ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 36, a imaturidade da doutrina europeia e a dificuldade de acesso a ela justificariam a posição do legislador brasileiro.

¹³ Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior. A disposição se assemelha ao art. 295 do Código Civil Português. Mas o texto mereceu crítica de ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 38, para quem o aludido artigo manifestaria mais propriamente a teoria dualista se

efeitos previamente normatizados e, de outro, as declarações negociais que, mais complexas, conformam o fato jurídico para que produza os efeitos do interesse das partes envolvidas¹⁴.

Inserem-se, pois, nesse operador científico abstrato¹⁵, os atos jurídicos dirigidos à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica mediante prévia regulamentação¹⁶. O âmbito de sua atuação, por outro lado, revela espaço de relativa liberdade negocial instituído pelo ordenamento jurídico, comumente denominado de autonomia privada¹⁷.

Uma vez que a problemática acerca das incongruências entre vontade e declaração e, no que mais de perto interessa ao presente estudo, dos efeitos que podem decorrer de uma premeditada divergência desses elementos se confina ao campo do negócio jurídico¹⁸, este na condição de instrumento da autonomia privada, obriga-se, de antemão, à investigação de tais instituições confinantes

1.2. A AUTONOMIA PRIVADA

1.2.1. O CONTEÚDO DA AUTONOMIA PRIVADA: A LIBERDADE NEGOCIAL, NOS SEUS ASPECTOS ESTÁTICO E DINÂMICO, E A VINCULAÇÃO

Não facilitam a apreensão do conceito preciso de autonomia privada os vários sentidos que se tem emprestado ao termo no decorrer do tempo¹⁹. As dificuldades conceituais, e mesmo de nomenclatura²⁰, estenderam-se ao campo da eficácia, de jeito a

contrapusesse ao negócio jurídico os fatos jurídicos lícitos, e não os atos. A crítica não é procedente, pois que o intuito do legislador foi só o de estender o regime aos atos jurídicos em sentido estrito, e não aos fatos jurídicos em sentido estrito. Seja como for, o intérprete haverá de verificar a pertinência de transportar o regulamento próprio dos negócios jurídicos aos atos jurídicos. Nesse sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil: Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*, v. II, pp. 14-15.

¹⁴ Segundo ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 38, outra inovação apresentada pelo Código Civil Brasileiro de 2002 seria a inclusão dos atos ilícitos entre os fatos jurídicos.

¹⁵ Ver tópico 1.3.2.

¹⁶ WERNER FLUME, *El negocio jurídico*, p. 50.

¹⁷ WERNER FLUME, *El negocio jurídico*, p. 23.

¹⁸ LUIS MUÑOZ SABATÉ, *La Prueba de la Simulación*, p. 115; FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 120-121.

¹⁹ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 35.

²⁰ OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a Evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade*, Revista de Informação Legislativa, p. 121, descreve os princípios da autonomia da vontade, da autonomia privada e, por fim, da autonomia da vontade privada como etapas diferentes da evolução jurídica. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 69, é dos que preferem o termo àquele de autonomia privada.

atrelar à autonomia privada condicionantes, limites e efeitos diversos, variáveis conforme a estrutura social do momento histórico em que se tenta precisá-la²¹.

No Antigo Regime, via-se, no respeito à palavra dada, manifestação de uma autonomia privada a fundamentar as estruturas sociais e as regras que as suportavam²². Depois, no Iluminismo, também por influência francesa²³, a autonomia, condição natural do homem, correspondia a uma autodeterminação necessária à liberdade individual, tida como um bem, mas limitada pelo mal da lei²⁴. O individualismo se assentava em um modelo de substancial liberdade, de forma que não se impunham restrições ao poder de vinculação pessoal regularmente exercido, livre, portanto, de vícios²⁵. Para a proteção do comércio do século XIX, passou-se, então, a um novo conceito de autonomia privada, mais circunscrito ao âmbito do contrato²⁶.

No curso da história, as sociedades que prezam pela propriedade individual, com alguma variação ditada pela ideologia da época, vêm admitindo ao indivíduo mais do que a simples definição de suas finalidades. A bem da verdade, a autonomia privada repousa num feixe de liberalidades. Outorga-se aos particulares a faculdade de estabelecer e buscar seus próprios interesses e conveniências da forma que lhes aprouver, por meio de relações recíprocas conformadas especificamente por eles. Admitem-se, por autorização tácita, os fins e os meios que as partes julgarem mais adequados à sua particular situação²⁷. Nesse sentido, aliás, o conceito de autonomia privada apresentado por ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO²⁸, como a permissão genérica de atuação jurígena.

A compreensão da função social da livre iniciativa mitigou, de certa forma, o poder de autovinculação que se conferia mais abertamente aos particulares. Em outro dizer, limitou-se a autonomia privada para que se acomodassem novos valores, de valorização do trabalho, do uso da propriedade, da dignidade da pessoa humana, entre tantos outros caros ao agrupamento social e, conseqüentemente, ao Direito. Estabeleceram-se, a partir dessa intervenção estatal, obrigações negativas aos particulares²⁹.

²¹ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, p. 13.

²² FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, p. 13.

²³ OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a Evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade*, Revista de Informação Legislativa, p. 119.

²⁴ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, tomo I, p. 494.

²⁵ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 211.

²⁶ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 36.

²⁷ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 41.

²⁸ *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 40.

²⁹ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 210.

Mesmo dessa forma limitada, a autonomia privada mantém sua essência. Segundo ORLANDO GOMES³⁰, nela se reúnem duas figuras centrais do Direito Privado, quais sejam, a propriedade e o negócio jurídico. De fato, aí estão os dois institutos que protegem e regulam os direitos dos particulares e os meios que têm para a satisfação de seus interesses e conveniências. Num aspecto estático, refere-se essa autonomia aos direitos subjetivos e aos poderes e faculdades dos indivíduos; noutro, dinâmico, compreende o poder de estabelecer relações jurídicas³¹.

O que não se pode olvidar é que, de outro lado, o ato praticado no âmbito da autonomia privada, mesmo na condição de exercício de um poder de autodeterminação, tem um segundo desdobramento lógico. Nas palavras de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO³², a consideração do termo sob a forçada perspectiva só de uma liberdade intrínseca ao homem oculta que se pretende algo mais. Se, inicialmente, confere-se ao particular a possibilidade de perseguir aquilo que mais de perto atender a seus interesses, valendo-se dos meios que entender pertinentes, depois, estabelecida a relação buscada, firma-se vínculo obrigacional, que não pode mais ser desfeito unilateralmente.

Essa noção, porque da essência do ato de autonomia, identificava-se mesmo em agrupamentos sociais primitivos³³. O grupo a que pertencessem os envolvidos podia dar à quebra da palavra a consequência que coletivamente se escolhesse. O descumprimento, aqui, poderia ensejar as mais diversas reações, desde as obrigacionais, de coerção ao cumprimento específico do assumido, às de natureza sancionatória, limitada à seara obrigacional ou mesmo a alcançar a própria pessoa do violador.

1.2.2. O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA AUTONOMIA PRIVADA

Atribui-se³⁴ a IMMANUEL KANT a utilização da expressão autonomia da vontade para referir-se a uma liberdade de atuação conferida aos particulares, de certa forma a prestigiar a relevância que se dava àquele impulso individual interno de onde partiriam as relações recíprocas. Essa primeira manifestação da autonomia, de forte viés

³⁰ *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 209. É também a posição de EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 46.

³¹ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, p. 13.

³² *El Negocio Jurídico*, p. 12.

³³ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 42.

³⁴ OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade*, p. 117.

jusnaturalista, fundada numa liberdade intrínseca do homem, paradoxalmente afirmava uma autorização do ordenamento jurídico à vontade individual³⁵.

O termo não resistiu à evolução que se seguiu. Os limites que haveriam de ser impostos à manifestação dos particulares, então a exigir uma intervenção efetiva do Estado nas relações individuais, fizeram com que essa nova ideia da autonomia não mais elevasse só o querer das partes. Cunhou-se, por isso, a nova expressão autonomia privada, dita, por vezes, de uma versão social da anterior³⁶.

Na sequência, a teoria normativista da autonomia privada, a ter HANS Kelsen³⁷ como um de seus principais defensores, posicionou a autodeterminação como pressuposto de fato para a produção de efeitos previamente autorizados pelo próprio ordenamento jurídico³⁸, tal como se houvesse delegado ao particular a criação de normas jurídicas individuais³⁹. Às normas negociais, tidas como fontes de produção, prefeririam as legais, estas como fontes de validade.

Ao lado dessa concepção, ainda bem aceita no âmbito acadêmico⁴⁰, posiciona-se outra, igualmente objetiva, dita de preceptiva: nos agrupamentos em que se reconhecesse a propriedade individual, independentemente de prévia tutela jurídica, os próprios particulares naturalmente haveriam de fazer uso de relações recíprocas de disposição de bens e de serviços como meio de satisfação de suas necessidades e conveniências pessoais. Só depois⁴¹ é que o ordenamento jurídico reconheceria a adequação desse método socialmente já experimentado de satisfação de necessidades individuais para regular as relações de relevo, elevando-as à categoria de negócio jurídico e provendo-as de medidas sancionatórias.

A premissa é parcialmente verdadeira. De fato, como já ficou assentado logo na abertura deste estudo⁴², o comum é que se forme o Direito a partir de experiências sociais já consolidadas. O procedimento de significação jurídica, ao identificar a relevância de determinado comportamento social para a manutenção do próprio agrupamento, qualifica-o, dando-lhe status jurídico. Nesse sentido, a exemplo de tantas outras instituições jurídicas, veio mesmo da riqueza do mundo dos fatos a inspiração para a

³⁵ OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade*, p. 119.

³⁶ OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade*, p. 122.

³⁷ *Teoria Pura do Direito*, p. 179.

³⁸ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, tomo I, p. 494.

³⁹ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 37.

⁴⁰ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, tomo I, p. 494.

⁴¹ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 39.

⁴² Ver tópico 1.1.

incorporação, no ordenamento jurídico, do negócio como meio de satisfação das necessidades individuais. Uma vez afirmada, pela própria sociedade, a propriedade privada, seguiu-se a iteração entre os particulares, já dando início a uma dinâmica desconhecida àquele regramento jurídico primitivo. O que daí não parece ter ocorrido é a recepção, por esse mesmo ordenamento, de uma estipulação preceptiva, tal como a expressão, lida em seus termos técnicos, está a representar, muito menos a já configurar o que se deve compreender por autonomia privada.

Naquele momento inicial, de proteção da propriedade, focava-se só nesse poder sobre as coisas, numa perspectiva estática, de manutenção do *status quo*. As operações que surgiram, evidentemente, serviram para esboçar aquilo que, depois, viria a ser o instrumento da autonomia privada, o que seja, o negócio jurídico. A permuta, notoriamente a espécie mais antiga e rudimentar de contrato, consumava-se instantaneamente, com a simples troca dos bens dispostos, de modo que não havia sequer necessidade do estabelecimento de alguma regulamentação que pudesse guiar para o futuro as condutas das partes. A proteção que antes dava o agrupamento à propriedade se transferia do bem entregue ao recebido, sem interesse à dinâmica que permitiu a tradição.

Mesmo o exemplo dado por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR⁴³, referente às trocas efetuadas entre europeus e silvícolas do século XV, evidentemente desprovidas de regulação jurídica, só apoiadas na boa-fé dos envolvidos, não revelaria hipótese de autonomia privada em ambiente pré-jurídico. O singelo exemplo, especialmente pela justificativa que o seguiu, mais do que qualquer outra coisa, revela o que frequentemente ocorre, inclusive contemporaneamente, com as instituições jurídicas, aí incluído o negócio. Seus elementos, vicissitudes e efeitos se colhem mais da experiência social do que de prévia sistematização científica. Não aconteceu, então, o que posteriormente reconheceu o próprio autor, de as relações estarem a denotar o contato de duas ordens jurídicas diferentes, cada uma delas a dispor semelhantemente sobre as relações pessoais que caracterizam a autonomia privada. Apenas calhou que, no contato de tão divergentes agrupamentos, os membros de um e de outro se interessaram por um meio pacífico de multiplicação dos meios e dos recursos de que poderiam ser beneficiados. O ato, de imediata consumação, não dispunha de um respaldo maior, vindo de um mando de autoridade, capaz de orientar a solução de alguma divergência ou de sancionar o descumprimento, se de alguma forma possível.

⁴³ *Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a Evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade*, Revista de Informação Legislativa, p. 124.

Retoma-se o que antes se afirmou para destacar a impertinência de assim equiparar à autonomia privada o esboço do que depois viria a ser o negócio jurídico. As relações recíprocas, admitidas implicitamente, tinham mesmo como arrimo só a boa-fé dos envolvidos, porque a mais não poderiam chegar. Sem o aval da autoridade, esse ato interpessoal não poderia alcançar a força de preceito. Consequentemente, se a tanto não alcançava, autonomia, evidentemente, não havia, especialmente se considerado o termo conforme a interpretação que seus radicais sugerem.

Disso, conclui-se pela imprescindibilidade de uma organização social mínima a permitir e garantir, especificamente, a propriedade privada e a autorizar, ainda que tacitamente, a movimentação das riquezas pessoais⁴⁴. O impulso inicial dado pela experiência social, de fato, fez inserir no ordenamento jurídico também a forma pela qual a propriedade, agora em seu aspecto dinâmico, haveria de servir ao seu titular. Mas só com o prévio reforço jurídico, constituinte dessas garantias mínimas, é que se entregaria ao agrupamento o pressuposto fático e lógico para o estabelecimento das relações recíprocas que servem de instrumento à autonomia privada em sua perspectiva dinâmica. Daí a conclusão de ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO⁴⁵, a conceber a autonomia como *produto de uma atribuição da Ordem Jurídica*, dependente de regras.

Nessa perspectiva, a autonomia privada não seria só um fenômeno social com implicações jurídicas⁴⁶. Escorada também em critérios éticos e econômicos⁴⁷, corresponderia, em seu aspecto dinâmico, a uma autorregulação dos próprios interesses nas relações interpessoais e a uma liberdade individual no campo pessoal, ambas reforçadas pelo Direito, porque por ele reconhecidas e validadas⁴⁸.

1.2.3. OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA

É do Direito a tarefa de identificar e regular os fatos relevantes à manutenção do agrupamento social que disciplina. Disso vem a conclusão no sentido de que as relações recíprocas firmadas no âmbito da autonomia privada que o próprio ordenamento protege não poderia escapar a uma sistematização normativa. A relevância que têm as inúmeras formas de regulação individual dos indivíduos do grupo, aliada ainda à frequência com

⁴⁴ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 211.

⁴⁵ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 40.

⁴⁶ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 38.

⁴⁷ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 41.

⁴⁸ Corrobora-se a conclusão de EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 40, no sentido de reconhecer, na iniciativa privada, o mecanismo motor de toda a conhecida regulamentação recíproca de interesses privados.

que delas se utilizam os particulares, haveria de reservar-lhes espaço nobre no ordenamento jurídico.

Como resultado dessa operação de qualificação, o Direito transformou uma regra de conduta social, antes apoiada só no compromisso dos envolvidos, em instrumento jurídico de proteção e de dinamização das relações humanas; converteu relações sociais espontâneas em negócios jurídicos e, sem perder vista do aspecto dispositivo delas, reforçou o vínculo pessoal, tornando-o mais seguro por meio de suas próprias sanções⁴⁹.

A partir do reconhecimento da autonomia privada pelo Direito, as relações humanas, agora jurídicas, passaram a ter seus limites também no ordenamento correspondente⁵⁰, em razão da consideração que há de ter quanto à função social que o negócio jurídico inegavelmente possui.

Inicialmente, impõem-se à autonomia privada os limites ditados pelas normas reguladoras do próprio negócio jurídico⁵¹. Os interesses das partes, dispostos conforme o que for ditado por elas, merecerá proteção apenas se bem observados os requisitos legais do negócio jurídico correspondente. Há, ainda, as contingências ao poder de disposição dos indivíduos, decorrentes de fundamentos de todas as espécies. À partida, em razão da insuficiência do princípio que se convencionou chamar de igualdade formal, toma-lhe o posto a diretriz da dignidade da pessoa humana⁵². Áreas específicas do Direito, como a de Família e a de Sucessões, porque sensíveis à defesa de interesses privilegiados ou a garantir a isonomia de certos particulares, há muito impuseram substanciais limitações à autonomia privada⁵³. As relações de massa⁵⁴, que passaram a instrumentalizar o modelo de produção e de circulação de bens e serviços, mereceram, depois, sua própria modulação, especialmente no campo do Direito do Consumidor⁵⁵. Ainda na seara obrigacional, mas entre particulares, reduziu-se sensivelmente a liberdade de estipulação, adequando as prestações assumidas a critérios mais ou menos subjetivos.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁵⁶ categoriza as faculdades da autonomia privada em quatro zonas de atuação, todas elas de alguma forma passíveis de substancial contingenciamento. Assim, a liberdade de negociação, referente às tratativas prévias das partes sobre os mais variados aspectos do negócio, inexistiria nos contratos de adesão; a

⁴⁹ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 43.

⁵⁰ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 85.

⁵¹ CARIOTA FERRARA, *El Negocio Jurídico*, p. 45.

⁵² PABLO STOLZE GAGLIANO E RODOLFO PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*, p. 310.

⁵³ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 40.

⁵⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 84. PABLO STOLZE GAGLIANO E RODOLFO PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*, p. 311.

⁵⁵ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 41.

⁵⁶ *Direito Civil: Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*, v. II, pp. 93-94.

liberdade de criação encontraria resistência especialmente nos negócios de família, que não admitiriam a estipulação de formas atípicas de vinculação jurídica; a liberdade de estipulação não serviria para que, em determinadas ocasiões, como na do testamento, os particulares tivessem livre disposição de seus direitos; e, por fim, a liberdade de celebração, tida como limite mínimo da autonomia privada, poderia ser reduzida, ou mesmo excluída, nas hipóteses de imposição legal de contratar.

O método pelo qual se operam essas limitações tem em foco, mais frequentemente do que não, o instrumento da autonomia privada: o negócio jurídico⁵⁷. É também por meio de restrição ao seu conteúdo, de imposição à sua forma, de estipulação de tipos negociais fechados, de exclusão, inclusão ou modificação de seus efeitos que se fixam os marcos das fronteiras da autonomia privada.

1.2.4. O NEGÓCIO JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA

Já se antecipou: nas comunidades em que se garante a propriedade particular e se incentiva a circulação das riquezas, a faculdade atribuída ao particular para a satisfação de seus interesses se operacionaliza por meio de relações recíprocas. Também foi dito que, pela relevância, tais operações foram logo incorporadas pelo ordenamento, assim passando a merecer o predicado jurídico que indica o aval estatal àquela atuação jurígena. Completava-se, com essa consideração não só da propriedade, em seu aspecto estático, mas também com a das relações de circulação de bens, numa perspectiva dinâmica, o ambiente jurídico da autonomia privada.

Nesse dinamismo se incluem as rotineiras aquisições de bens e prestações de serviços de que a grande maioria dos particulares depende para a sua própria subsistência e que, em regra, praticam-se por simples atuação de vontade; nesse mesmo rol se encontram as relações mais complexas, formadas só depois de detalhada estipulação; no mais, também os atos de liberdade individual, dependentes só da vontade de um indivíduo, perfilam-se com a mesma designação: negócio jurídico.

É o negócio jurídico, pois, o instrumento da autonomia privada⁵⁸. É, com sentido de movimento, a autonomia na prática.

⁵⁷ Nesse sentido, os exemplos apresentados por ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 212.

⁵⁸ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, p. 210.

1.3. CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO

1.3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não se põe em xeque a pertinência da investigação do instituto do negócio jurídico para a compreensão suficiente do objeto do presente trabalho. A precisão da conceituação da simulação e, mais importante, dos efeitos que, porventura, dela advenham depende em grande parte da noção que se tenha da própria figura do negócio jurídico. Tal conexão, aliás, serve também à delimitação da investigação desse instrumento da autonomia privada.

No âmbito legal, o Código Civil brasileiro de 2002, de técnica mais apurada, tratou logo de eliminar as *Disposições Preliminares* que inauguravam o *Livro III – Dos Fatos Jurídicos*, do diploma revogado. Assim o fez em consonância com a doutrina, há muito crítica da inserção de simples preceitos teóricos em corpo legal⁵⁹. Abandonando a teoria monista, a atualização legislativa seguiu ainda à alteração do principal título deste Livro: foi-se a denominação de ato jurídico para dar espaço à de negócio jurídico, este apartado da noção de ato jurídico em sentido restrito, merecedor do Título II. No mais, mantiveram-se em títulos próprios os atos ilícitos (III) e a prescrição (IV) – agora acompanhada da decadência –, acrescentando-se o Título V para a prova do fato jurídico.

Além dessa importante reestruturação, e a exemplo do que ocorre nos que apresentam uma parte geral⁶⁰, o Código Civil brasileiro elevou o negócio jurídico a posição de merecido destaque, ao lado das pessoas e dos bens, como se a reconhecer a relevância da figura por meio da qual, no Direito Privado, classificaram-se os atos de autodeterminação humana tendentes à criação, modificação e extinção de efeitos jurídicos. Os sistemas jurídicos que, para essa mesma finalidade, valeram-se de sucedâneos – tais como o contrato e o ato jurídico⁶¹ – não esquematizaram nenhuma outra forma mais apropriada de descrever os fenômenos que dizem ao negócio jurídico⁶².

No que se refere aos elementos do negócio jurídico, a posição do legislador brasileiro à época do Código Civil de 1916 se assemelhava a de seus contemporâneos. No

⁵⁹ CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *Dos Fatos Jurídicos e do Negócio Jurídico*, p. 385.

⁶⁰ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 35.

⁶¹ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 37.

⁶² E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre a Teoria da Interpretação dos Negócios Jurídicos*, p. 27; ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 37. Aliás, nas mesmas páginas, ambos os doutrinadores ressaltam a eloquente posição dos doutrinadores italianos, que, mesmo diante da preterição legislativa a favor do contrato, não deixaram de elaborar uma teoria geral dos negócios jurídicos, do que serve de exemplo EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Juridico*, p. 4.

diploma anterior⁶³, tal como no atual⁶⁴, arrolaram-se apenas as exigências para a validade do negócio jurídico. Segundo ALBERTO JÚNIOR VELOSO⁶⁵, o colaborador responsável pelo projeto da parte geral do novo código entendia que a lei já partiria do plano da validade para o da eficácia, à frente, portanto, do da existência⁶⁶.

O que de bem fez o legislador foi omitir a conceituação do instituto. A empreita, incômoda até à doutrina, em razão das tantas e tão divergentes manifestações jurídicas abrangidas, não caberia bem à lei.

1.3.2. O NEGÓCIO JURÍDICO COMO OPERADOR ABSTRATO

O negócio jurídico é, nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁶⁷, *operador juscientífico*, no sentido de que, sem existência substancial, corresponderia a uma abstração feita para catalogar cientificamente inúmeros comportamentos humanos tendentes à produção de efeitos jurídicos, tais como os contratos e os negócios unilaterais, estes sim de sabida concretude⁶⁸. Tal abstração não passou despercebida por ORLANDO GOMES⁶⁹, também a tomar o instituto como *paradigma lógico* de coordenação de dogmas jurídicos.

Consequência disso é a já mencionada dificuldade de estabelecer, com alguma precisão, conceito capaz de identificar os caracteres comuns a tão variados comportamentos humanos. O quadro, de prenunciada complexidade, agrava-se quando se consideram as várias perspectivas pelas quais se investiga a instituição. Conforme a teoria adotada, cada uma a acolher um determinado fundamento para o negócio jurídico, ora a prestigiar a vontade das partes, ora a destacar o que objetivamente dela resultou⁷⁰, a figura se reveste de novos contornos.

A consideração de um único elemento do negócio jurídico para o estabelecimento de seu conceito é recurso sujeito a críticas. Nesse sentido, a discordância de ANTÔNIO

⁶³ Art. 82 do Código Civil de 1916.

⁶⁴ Art. 104 do Novo Código Civil.

⁶⁵ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 56.

⁶⁶ Segundo RENAN LOTUFO, *Curso Avançado de Direito Civil*, v. I, p. 218, nos trabalhos preparatórios, prevaleceu o entendimento do Professor Moreira Alves, não obstante a divergência do Professor Clóvis do Couto e Silva.

⁶⁷ *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 354.

⁶⁸ À mesma conclusão chegou ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 31.

⁶⁹ *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 214.

⁷⁰ Sem prejuízo, evidentemente, das várias ponderações feitas às teorias da vontade e da declaração, bem como das combinações desses elementos a outros, como o da autonomia privada. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil (artigos 217.º a 295.º)*, p. 12.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁷¹ quanto à definição apresentada pelos defensores da teoria voluntarista, presa só à gênese da relação, e à da teoria objetiva, focada apenas na função do instituto.

Realmente, a primeira, voluntarista, porque a conceber o negócio jurídico como a manifestação da vontade a que a lei confere efeitos jurídicos, quer no aspecto interno, quer em sua dimensão exterior⁷², olvida-se de relevante aspecto da figura: a regra de conduta nele consignada⁷³. Tanto pior se, por manifestação de vontade, considerar-se apenas o meio de revelação de um estado anímico interno do declarante indispensável à configuração e à validade do negócio correspondente; ou mesmo se, por declaração, encontrar-se só a prova ou o indício de uma vontade interna suficiente a uma relação recíproca. Diferentemente, a declaração, expressa ou tirada de um determinado comportamento que a revele tacitamente, deve ser vista como meio de estabelecer, aos que contribuíram para sua formação, determinadas regras de conduta tendentes a produzir certos efeitos necessários à satisfação de seus interesses. Neste ponto, aproxima-se da declaração preceptiva anunciada por EMILIO BETTI⁷⁴.

Tão importante quanto, mesmo nessa visão só parcial do instituto, é o fato de que, ao entregar à vontade uma exagerada posição⁷⁵, supostamente imune de limites sociais e jurídicos, a teoria acaba por alcançar atuações que não se qualificam como negócio jurídico e deixa escapar outras que inegavelmente assim deveriam ser consideradas⁷⁶. O caçador que, mais do que o ato material de assenhorar-se da caça, pretenda precisamente o efeito jurídico da aquisição da propriedade, pratica só ato jurídico lícito, apesar de sua atuação adequar-se indevidamente à definição voluntarista. Mas a tal afirmativa talvez se pudesse objetar com o argumento segundo o qual, nos atos jurídicos, prescindir-se-ia da vontade, quer ela tivesse, ou não, ensejado o comportamento jurígeno. De outra banda, agora mais acertadamente, as tantas hipóteses extraordinárias em que o negócio jurídico produz efeitos jurídicos contrários à vontade das partes, bem assim as que não os produz⁷⁷, seriam incorretamente excluídas do conceito⁷⁸.

Já a segunda teoria, de natureza objetiva, ao prestigiar o autorregramento que têm os particulares para tratar de seus interesses, e isso em detrimento da vontade dos

⁷¹ *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 1-14.

⁷² JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 10.

⁷³ Nesse sentido, EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 53, e CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 33.

⁷⁴ *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 52.

⁷⁵ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 54.

⁷⁶ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 7.

⁷⁷ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil (artigos 217.º a 295.º)*, p. 9.

⁷⁸ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 61.

envolvidos, acaba por enxergar um comando que o negócio jurídico não tem. Não obstante o inegável avanço propiciado pela correta consideração do negócio jurídico como regra de conduta, acolhem-se as críticas feitas pela doutrina à ideia da outorga de poder normativo ao particular⁷⁹. Realmente, a ideia de norma, mesmo que em sentido largo, a incluir as de efeitos concretos e específicos, depende de uma autoridade superior, com o que não se compatibiliza o negócio jurídico, no máximo de deliberação *inter partes*⁸⁰. Com esse critério definidor, segundo ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁸¹, estariam excluídos do conceito os negócios jurídicos nulos. Ademais disso, insurgem-se contra a noção preceptiva do negócio jurídico os tantos casos em que o efeito jurídico se desprende somente das normas legais, assim a atuar não na condição de fonte de validade, mas na de produção. Por fim, ao compendiar as relações recíprocas entre as verdadeiras normas jurídicas, como que outorgando aos particulares parcela do poder normativo estatal, a teoria procede a substancial inversão da relação entre fato e norma. É que a atuação jurígena dos particulares obedece a uma permissão do próprio ordenamento, mais ou menos genérica conforme os interesses envolvidos, revelando-se, ela própria, como pressuposto de fato da atuação normativa. Não integra, muito menos cria, norma jurídica. Diferentemente, a relação firmada entre as partes deflagra o procedimento de subsunção⁸². Assim, só se desconsidera a forma que os indivíduos espontaneamente engendraram para a satisfação pacífica de seus interesses é que se poderia equiparar a autonomia privada a uma espécie de delegação, por uma instância superior, de um poder normativo, quase que elevando o particular à posição que só o órgão detentor desse poder pode ocupar. Realmente, a partir do momento em que o indivíduo se apropriou e pôde chamar de seu determinado objeto da natureza sem contestação de seus pares, veio naturalmente a ideia da circulação dos bens como meio suficiente de contornar a limitação do labor individual e de promover satisfação mais plena dos interesses de cada, ainda que o agrupamento a que pertencessem as partes não houvesse conhecido prévia organização política que pudesse atribuir-lhes parcela de uma autoridade normativa.

Atendendo-se, agora, à posição de CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA⁸³, talvez se possa bem estabelecer os contornos da figura em questão pela simples consideração de todos seus elementos, da gênese às consequências. Nesse sentido, como que justapondo os conceitos tirados das mencionadas teorias, negócio jurídico poderia ser

⁷⁹ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 38; e EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 49.

⁸⁰ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 12. Também é a opinião de CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 26, e de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 73.

⁸¹ *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 14.

⁸² EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 49.

⁸³ *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, pp. 33-34.

aquele comportamento ou declaração que, decorrente do exercício da autonomia privada, por meio de autolimitação, vise à produção de efeitos juridicamente relevantes. Não é diferente a ideia que PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁸⁴ tem do instituto, ao qualificá-lo como ato de autonomia privada, e nos limites dela, que faria vigorar uma relação jurídica para seus autores, com o conteúdo que lhe deram.

1.4. OS ELEMENTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO: A QUESTÃO DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

O caráter abstrato dos negócios jurídicos, pelo mesmo motivo de agruparem-se neste único operador científico condutas humanas das mais variadas espécies, dificulta, além de sua conceituação, também a identificação dos seus elementos constitutivos. Recusando-se a escapar da tarefa de tratar do plano de existência dos negócios jurídicos, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁸⁵ contornou a dificuldade que traz esse agrupamento de comportamentos humanos pelo expediente de estabelecer graus de abstração. Dessa maneira, elementos gerais seriam aqueles pertinentes a todo e qualquer negócio jurídico; categoriais seriam os próprios de uma determinada espécie de negócio, assim apartando dos demais aqueles vínculos dependentes de requisito específico, tais como os reais e os de declaração receptícia⁸⁶; e, por fim, particulares seriam os que se referissem a um negócio em concreto.

Interessam ao objeto do presente estudo, em especial, os elementos gerais. Dúvida não há de que, qualquer que seja a teoria, ter-se-á, como elemento constitutivo do negócio jurídico na categoria geral, a forma⁸⁷. Por ela se deve compreender o comportamento humano que socialmente seja entendido como necessário e suficiente ao estabelecimento de relação jurídica de caráter vinculativo. No mais, a declaração, na forma que tiver tomado, não poderá deixar de ter um conteúdo, de modo que também nele se tem elemento geral do negócio jurídico. Para ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁸⁸, àqueles dois, somam-se ainda as circunstâncias negociais, supostamente qualificadora da declaração de vontade, de modo a atribuir-lhe força para a produção de efeitos jurídicos, e outros elementos extrínsecos, como o agente emissor da declaração, o lugar e o tempo em que se firma a relação⁸⁹.

⁸⁴ *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 352.

⁸⁵ *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 32.

⁸⁶ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 215.

⁸⁷ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 96.

⁸⁸ *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 32.

⁸⁹ De breve análise das hipóteses elencadas pelo Código Civil de 2002, não se depreende a existência de alguma exigência especial quanto à qualidade de suposta causa do negócio jurídico. A conclusão que

Com alguma frequência⁹⁰, nota-se a bipartição da vontade em dois elementos distintos, quais sejam, interno e externo. Alternativamente, atribui-se à vontade só o impulso inicial do comportamento ou da declaração que, por força própria, alcança transcendência social e jurídica para estabelecer as relações recíprocas⁹¹. Quer nesta configuração, quer naquela, fato é que só a forma exteriorizada da vontade⁹² se qualifica como elemento constitutivo do negócio jurídico. Dito de outra forma, integra o negócio jurídico apenas a vontade declarada. Nesse ardiloso campo em que se pretende o estabelecimento de regras específicas de conduta originadas de uma posição interna do particular, o suporte fático do qual depende a incidência das normas jurídicas só pode ser aquele manifestado ou declarado⁹³. Aquele momento inicial, psicológico, de formação do impulso finalístico humano, prende-se só à gênese do negócio jurídico, pois este se constitui, efetivamente, do comportamento humano exterior de que se denote o estabelecimento de regras de vinculação.

Tal afirmação, impõe-se ratificar de pronto, não reconduz à ideia da teoria da declaração, ou de uma outra que dela decorra, já que, conforme as circunstâncias, a vontade interna das partes pode servir como critério de validação do negócio jurídico ou de modulação de seus efeitos. Vem a calhar o exemplo de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA⁹⁴: a vontade só declarada sob ameaça ou coação existe, mas, evidentemente, é defeituosa.

A bem da verdade, todo e qualquer fato da natureza ou ação humana cujos efeitos jurídicos se queira determinar se submetem a semelhante sindicância. A diferença está em que a complexidade do negócio jurídico, decorrente também de sua própria estrutura, não se contenta com a simples operação de subsunção a que se sujeitam os atos e fatos jurídicos em sentido restrito.

A declaração, aliás, não pode simplesmente limitar-se ao divulgar de um querer, como que simples revelação de um sentimento psicológico, interno. Dito de outra forma, o particular que, num estabelecimento comercial, externa sua vontade de ter para si

disso se tira é que sequer indiretamente a lei tratou de a considerar como elemento do negócio jurídico, conforme conclui MARIANA RIBEIRO SANTIAGO, *A Repercussão da Causa na Teoria do Negócio Jurídico: Um Paralelo com a Função Social dos Contratos*, pp. 155-156. Fez bem, porque, a ser tomada como a função econômico-social do negócio, a consideração da causa como parte integrante do negócio envolveria a contradição de lançar a função como elemento de constituição.

⁹⁰ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 82.

⁹¹ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 52.

⁹² Embora não se desconheça as críticas feitas por EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 62, acerca do termo declaração de vontade, mantém-se a expressão não por apoio à doutrina voluntarista, mas apenas para destacar o que de fato há de integrar o negócio jurídico.

⁹³ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 66.

⁹⁴ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 15.

determinada coisa, não necessariamente estará lançando proposta a que posteriormente se sujeitará. Pode ocorrer que, na simples observação do objeto à venda, refira-se à vontade só de vir a possuí-lo, como se estabelecesse algum compromisso interno, projetado para o futuro. Aqui, as circunstâncias⁹⁵ que gravitam em torno da manifestação do indivíduo revelarão a inexistência de um comportamento vinculativo, de natureza negocial⁹⁶. Por isso é que a declaração de vontade que serve como elemento negocial é aquela em que as partes estabelecem conscientemente relação recíproca para a produção de certos efeitos práticos, mais ou menos coincidentes a outros, de natureza jurídica, impostos diretamente pela lei⁹⁷.

Embora os negócios jurídicos não prescindam dessa finalidade específica de desencadear efeitos práticos – porque não são praticados no vazio –, e não obstante a evidente intimidade que tem com o conteúdo do negócio, não se nota, nessa circunstância finalística, elemento adicional, sempre a caracterizá-lo. Diferentemente, nisso se tem a função do negócio jurídico, ou, valendo-se de termo mais conhecido⁹⁸, é isso a sua causa.

1.5. A QUALIFICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA

Pelo já mencionado procedimento de significação, determinado fato a que o ordenamento reconheça relevância ganha ingresso na ordem jurídica. A operação de subsunção, de vinculação à norma, atua para que se deflagrem os efeitos correspondentes no campo do direito. O fenômeno, se observado em sua inteireza, foi compreendido por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁹⁹ em duas etapas distintas e sucessivas, denominadas pelo autor de plano de existência e de eficácia.

Os negócios jurídicos não deixam de compreender os aludidos planos da existência e da eficácia, mas, porque mais complexos, dependentes mais do que simples constatação de determinada intercorrência natural ou de algum simples comportamento humano, têm seu reconhecimento jurídico condicionado à passagem por um filtro de

⁹⁵ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 18, disse melhor: *ao falarmos, portanto, em declaração de vontade, estamos utilizando esta expressão como uma espécie de manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos*.

⁹⁶ A Apelação 2015.05.1.005655-3, da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal tratou de caso que pode bem ilustrar o que se diz. Na hipótese, afirmou-se que a simples simulação de operação financeira não teria força para obrigar a instituição financeira, porque faltaria à declaração justamente a vontade de contratar.

⁹⁷ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 120, e FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Civil: Parte Geral*, v. I, pp. 279-281.

⁹⁸ EMILIO BETTI, *Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 133.

⁹⁹ *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 23.

adequação. Esses requisitos condicionantes da juridicidade do negócio constituem, na visão do referido doutrinador, novo plano, de validade.

A própria natureza do negócio jurídico, aqui já rotulado como operador jus-científico, na condição de figura compreensiva das mais variadas atuações humanas, denota evidente abstração, passível de redução conforme se parta em direção ao negócio particular. Ajuda a compreender a análise feita por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹⁰⁰: um determinado contrato de compra e venda, por meio do qual os particulares tenham concretamente ajustado a transferência de algum bem, ocuparia o grau inferior, no nível dos fatos; no degrau de abstração superior, ter-se-ia o contrato de compra e venda, tal como hipoteticamente descrito na norma, inclusive de maneira a estabelecer os requisitos de qualificação ao regime jurídico correspondente; ocuparia o grau superior a própria figura do contrato, em oposição a outras relações humanas, tais como o testamento e o casamento, também compreendidas neste operador de que se fala; por fim, no último andar de abstração, ter-se-ia só o negócio jurídico.

Por isso, conhece-se o negócio jurídico em planos distintos de existência, validade e eficácia¹⁰¹. O primeiro, da existência, confina-se ao campo social, onde sabidamente surgem os incontáveis fatos naturais e humanos que, depois, poderão ou não merecer significação jurídica. Especificamente no que tange aos negócios jurídicos, neste plano da existência é que se identificarão quais as relações humanas que, por sua relevância, poderão qualificar-se como uma das figuras abrangidas pelo operador científico do negócio jurídico. Depois de identificados os seus elementos mínimos imprescindíveis à significação jurídica, a relação poderá ser investigada quanto a seus requisitos de validade e de eficácia. Neste momento, porém, já se terá negócio jurídico, de forma que o resultado dessa investigação haverá de gerar consequências em planos distintos.

A existência jurídica, então, está a depender da constatação, no mundo dos fatos, de determinada relação humana que se forme de todos os elementos gerais do negócio jurídico. Verificada a presença desses elementos, configurada está relação merecedora de ingresso no mundo jurídico. Porém, a que título é recebida – ou, em outras palavras, que natureza tem –, fica a depender da análise dos elementos categoriais, tirados da própria hipótese legal. Com esse predicado, atuam elementos para apartar uma categoria negocial de outra e, conseqüentemente, para estabelecer o regime jurídico aplicável. De resto, cabe

¹⁰⁰ *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 31-32.

¹⁰¹ A técnica da eliminação progressiva de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 64, provém justamente dessa compartimentalização das instâncias do negócio jurídico. Por meio dela, só se verificada a adequação do negócio jurídico num plano é que se passaria à análise dele no plano seguinte. Entretanto, mesmo as hipóteses em que a reprovação do negócio no plano da validade não determinasse a completa ineficácia dele, segundo o autor, estariam a confirmar a pertinência da técnica (pp. 49-51).

às partes o estabelecimento dos elementos particulares, voluntários, definidores do negócio em concreto.

Segundo FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO¹⁰², a teoria da inexistência teria sido desenvolvida para suprir a insuficiência do sistema das nulidades do direito matrimonial francês, depois expandindo-se aos demais fatos jurídicos, inclusive ao negócio. O que se manteve da teoria original, em especial, foi a noção genérica do ato inexistente como ato só aparente, ausente que lhe seriam os elementos comuns de constituição. Mas não há, no Direito brasileiro, definição que atenda à situação da inexistência, nem a estipulação de um regime jurídico geral que trate de suas anormalidades. A omissão foi deliberada, apesar das críticas de parcela da doutrina, e se fundou no argumento segundo o qual a lei deveria partir já do plano da validade para o da eficácia¹⁰³. Sabe-se que, diferentemente, no Código Civil espanhol e no mexicano¹⁰⁴, estabelecem-se os elementos de constituição do contrato, não para definir de que modo teria validade, mas justamente para definir a hipótese básica de significação jurídica.

Se bem que talvez apenas para evitar alguma filigrana linguística, explicitam-se os parâmetros pelos quais devem ser consideradas expressões como negócio inexistente, ato inexistente ou fato inexistente. É que já se afirmou, indevidamente, o paradoxo entre os termos componentes dessas expressões¹⁰⁵. Nada há de incongruente ao justapor o adjetivo inexistente a um substantivo antecedente. Com isso, quer-se apenas referir a negócio, ato ou fato só na aparência, no plano dos fatos, merecedor, conseqüentemente, do predicado inexistente, como que para evidenciar sua insuficiência ao ingresso na ordem jurídica¹⁰⁶.

Pelo que já se adiantou, manifesto é que a simples presença dos elementos gerais do negócio não necessariamente enseja o aval da ordem jurídica à deflagração dos efeitos que as partes perseguem. O negócio jurídico tem sua estrutura escorada, em grande parte, na deliberação dos particulares para a montagem de um ato concreto de vinculação. A verificação do exercício desse poder de autorregramento, é intuitivo, cabe ao ordenamento¹⁰⁷. Investigam-se, assim, os limites e as condicionantes cuja conveniência haja sido reconhecida pela ordem jurídica. Questões atinentes a uma solenidade tida por

¹⁰² *El Negocio Jurídico*, p. 464. Corroboram ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 361, ZENO VELOSO, *Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, pp. 128-129, e ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Confirmação no Direito Civil*, p. 179.

¹⁰³ A constatação, já mencionada anteriormente, é de ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 56.

¹⁰⁴ ZENO VELOSO, *Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, pp. 132-133.

¹⁰⁵ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, p. 462.

¹⁰⁶ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Confirmação no Direito Civil*, p. 180.

¹⁰⁷ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 102.

indispensável àquele tipo negocial, ao conteúdo e ao objeto do ato, a uma eventual qualidade especial das partes, entre tantas outras, estão a exigir alguma convalidação pelo próprio ordenamento. O plano da validade, de que agora se trata, é imanente ao negócio jurídico, em razão de seus caracteres essenciais¹⁰⁸.

Reitera-se a conclusão de PABLO STOLZE GAGLIANO e de RODOLFO PAMPLONA FILHO¹⁰⁹, no sentido de tratar dessa peculiar etapa de verificação como *plano de adjetivação ou qualificação jurídica*. Dito de outro modo, dá-se a validação pelo simples expediente de apurar a qualificação dos elementos constitutivos do negócio concreto, a fim de constatar eventual inobservância aos predicados mínimos impostos pela lei.

No Brasil, o confronto tem como parâmetro o rol do art. 104 do Código Civil (antigo art. 82 do Código de 1916), a demandar a capacidade do agente, a licitude do objeto e a higidez formal¹¹⁰. O Direito Civil francês, por outro lado, estabelece como pressupostos de validade o consentimento e a capacidade das partes, a certeza do objeto e a licitude da causa.

A regra é que o reconhecimento jurídico do negócio concreto feito pelos particulares, com a aprovação do regramento interpessoal nos planos da existência e da validade, autoriza a produção dos efeitos jurídicos correspondentes. Excepcionalmente, porém, admitem-se efeitos a negócio jurídico nulo ou, ao contrário, obstat-se consequências a negócio válido¹¹¹. A primeira situação, já se adianta, é justamente a do negócio simulado perante terceiros. Outros servem a ilustrar tal peculiar circunstância. Segundo ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹¹², existem, no casamento e no legado, situações em que a nulidade não impede que o negócio tenha consequências jurídicas. A segunda situação, de ineficácia de negócio válido, não se refere a situação de anormalidade, ao menos não no que tange ao ato considerado em si mesmo¹¹³. Casos há em que o próprio funcionamento do ato jurídico lhe retarda os efeitos. De fato, os negócios sob condição suspensiva e os sujeitos a termo inicial¹¹⁴, jurídicos e válidos, são regularmente ineficazes até a implementação da condição ou a chegada do termo. Igualmente, não é do testador a intenção de antecipar os efeitos dos negócios *mortis causa*, nem, evidentemente, a circunstância que os deflagra.

¹⁰⁸ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 41.

¹⁰⁹ *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*, p. 330.

¹¹⁰ CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*, p. 339.

¹¹¹ FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 7.

¹¹² *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 50-51.

¹¹³ VITOR PALMELA FIDALGO, *Contributo para o Estudo da Teoria Geral dos Vícios do Negócio Jurídico*, p. 312.

¹¹⁴ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 364.

Alguna doutrina, como testemunha a exposição de ZENO VELOSO¹¹⁵, considera a ineficácia também com um sentido amplo, a abranger todas as intercorrências, situadas em quaisquer dos planos, em que o negócio jurídico não deflagrar efeitos. Incluir-se-iam, nessa larga categoria, entre tantas, as hipóteses de vício e de defeito que eventualmente tenham maculado o ato em algum momento de sua formação. Dela se apartaria a ineficácia em sentido restrito, limitada aos casos de negócio jurídico válido, livre de vícios ou defeitos, mas que ainda não produziu efeitos¹¹⁶.

De todo modo, pelo que já se expôs, não se podem confundir inexistência material, invalidade e ineficácia jurídicas. Nem se mostra adequado definir uma única figura compreensiva de todas essas situações. A inexistência, sendo o nada, no máximo a aparência, não se parelha à invalidade ou à ineficácia, atributos estes só do ato existente¹¹⁷.

1.6. A VONTADE

1.6.1. BREVE PANORAMA DAS TEORIAS SUBJETIVISTAS

Idealmente, a autonomia conferida aos particulares para a formatação dos negócios jurídicos que mais adequadamente prestigiariam seus interesses haveria de ensejar perfeita correspondência entre a vontade interna dos envolvidos e a declaração dela extraída¹¹⁸. Os inúmeros defeitos que sabidamente atingem os negócios jurídicos¹¹⁹, entretanto, servem como prova de que nem sempre as partes podem ou querem essa coincidência entre o subjetivo e o objetivo.

¹¹⁵ *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 24.

¹¹⁶ São os *negócios jurídicos pendentes*, na definição de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 27.

¹¹⁷ Disse melhor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 63: *Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um tertium genus de invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao negócio inexistente opõe-se o negócio existente (este é que pode ser nulo, anulável ou válido). Este é o entendimento de ZENO VELOSO, Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade, p. 136: No plano da existência, não se cogita de invalidade ou de ineficácia do negócio. Isto vem depois. Naquele momento, o que se tem de saber é se algo é ou se não é: se existe ou não existe; se entrou ou não no mundo jurídico. Inexistir é não ser, existir é ser. Mas o que é, que existe, pode ter sido constituído defeituosamente. Agora, sim, entramos em outra dimensão jurídica, ou no plano da validade: se nasceu com vícios e desvios, é inválido e, conforme o grau e extensão do defeito, nulo ou anulável.*

¹¹⁸ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 4.

¹¹⁹ A simulação, só um dos percalços dos negócios jurídicos, já é *figura eminentemente prática*. (A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 15 e 51)

À época de FRANCESCO FERRARA¹²⁰, a teoria dominante, ditada por SAVIGNY, tinha a vontade como o elemento principal do negócio jurídico. A declaração, então, serviria como simples meio de revelação¹²¹ e só haveria de produzir os efeitos por ela explicitados se correspondesse à vontade das partes. Aliás, se limitada aos efeitos práticos advindos do ato exterior antecipado pelo particular, sem que se considerassem em primeiro plano os efeitos jurídicos, a vontade apartaria ainda o ato jurídico (não negocial) do próprio negócio jurídico¹²².

A posição extremada do dogma da vontade não tardou a revelar severas inconsistências práticas. Ao condicionar a validade do negócio jurídico a requisito de ordem interna, inacessível mesmo às mais percutientes diligências, o ordenamento jurídico que acolhesse a teoria protegeria inadvertidamente¹²³ o declarante, inclusive o indesculpável¹²⁴, a ponto de abdicar de sua função social¹²⁵.

Admitiram-se, então, concessões, de início moderadas¹²⁶, no campo da teoria volitiva. Preocupado justamente com as consequências práticas dessa teoria, notadamente com os efeitos prejudiciais que a falta de proteção do declaratário poderia impor ao comércio, JHERING, com as respostas que julgou ter encontrado no Direito Romano, atribuiu responsabilidade ao contratante que, por culpa, celebrasse contrato nulo¹²⁷. Outra corrente intermediária, de WINDSCHEID, em sua primeira versão, defendia a existência de um compromisso tácito de garantia fictamente outorgado pelo declarante, de igual forma responsabilizando-o pela declaração feita¹²⁸.

O que as teorias intermédias não afastaram foi a insegurança do comércio, que não haveria de satisfazer-se com a invalidação de negócio, não obstante a culpa do declarante pudesse ensejar indenização das perdas e danos impostos ao declaratário¹²⁹. Ao final, a limitação da *culpa in contrahendo* foi reconhecida por seu próprio criador¹³⁰.

¹²⁰ A *Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 5.

¹²¹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 6.

¹²² CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 15.

¹²³ Conforme JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 7: *esta ineficácia não resulta apenas duma proteção concedida àquele que errou, mas de falta de vontade*.

¹²⁴ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 7.

¹²⁵ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 25.

¹²⁶ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 10.

¹²⁷ *Culpa in Contrahendo*, p. 57.

¹²⁸ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 20, e FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 7.

¹²⁹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 12.

¹³⁰ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 14.

As modulações que, insuficientes¹³¹, mitigaram os efeitos práticos dessa corrente, ombreadas, ainda, às inconsistências teóricas dela – notadamente aquela atinente à invalidade acarretada pela reserva mental, hipótese em que necessariamente se tem a eficácia de declaração divergente da vontade¹³² – fundamentaram as críticas à própria premissa da teoria. Cogitou-se, então, de atribuir à declaração força suficiente para a produção de efeitos jurídicos, sem consideração à intenção das partes¹³³. Por meio da interpretação de todo o contexto, determinar-se-ia não a vontade real das partes, mas o sentido objetivo da declaração, conforme a generalidade haveria de ditá-lo. Substituir-se-ia a vontade psicológica pela jurídica, residente na declaração¹³⁴.

O passar de um polo ao outro não serviu ao engendramento de uma teoria suficiente. Para que assim se contornassem as inconsistências e as inequidades do dogma da vontade, o respeito só à declaração acabou por criar as suas próprias. Ao contentar-se apenas com o externo, sem o ânimo que a vinculação à vontade das partes haveria de conferir-lhe, a teoria desconsiderou a gênese e a estrutura do negócio jurídico¹³⁵ para negar solução à violência, à simulação, às declarações não sérias e ao dolo¹³⁶. Ao final, esta corrente somente deslocaria os defeitos que seu outro extremo criara e falharia, por isso mesmo, na consecução de sua proposta finalidade de conferir segurança ao comércio¹³⁷.

Passou-se a considerar, então, o ânimo do declaratório. A declaração, fonte da certeza necessária aos negócios jurídicos, a ser prestigiada mesmo em detrimento da verdade, haveria de produzir os efeitos jurídicos que externasse, exceto se aquele a quem se dirigiu tivesse meios para conhecer a desconexão entre o declarado e o querido. Por esse expediente, evitar-se-ia que o combate à má-fé do declarante favorecesse a do declaratório¹³⁸.

Dessa teoria da confiança se distingue a da responsabilidade. Fundada na premissa da vontade real, nega validade ao negócio jurídico em que se constatasse a divergência entre a declaração e a vontade real. O dolo e a culpa grave do declarante, se compensados pela boa-fé do declaratório, poderiam permitir, entretanto, a manutenção

¹³¹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 14.

¹³² Mesmo SAVIGNY tinha a reserva mental, nos casos em que ela não fosse conhecida pelo declaratório, como exceção à sua teoria. JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 8.

¹³³ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 8.

¹³⁴ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 17.

¹³⁵ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 28.

¹³⁶ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 27, e JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 22.

¹³⁷ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 27.

¹³⁸ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 45.

do negócio¹³⁹. Segundo FERRARA¹⁴⁰, a sobrevivência do ato não repousaria em uma inexplicável substituição da vontade pela culpa, mas na definição de hipóteses em que a vontade perderia relevância jurídica. Afirmava imprescindível a análise da divergência no momento da constituição do negócio, a fim de indagar, prejudicialmente, se a vontade seria idônea para a produção de efeitos jurídicos.

Nos termos propostos, à teoria não aderiu BELEZA DOS SANTOS, porque a investigação do ânimo das partes não poderia ser confinada à gênese do negócio. A divergência dolosa que se constata na simulação, por exemplo, só não impediria a produção de efeitos em favor de terceiros de boa-fé¹⁴¹ porque se consideraria, na hipótese, circunstância estranha ao momento constitutivo do negócio, a invalidar o silogismo. Talvez mais importante, porém, seja a crítica à lei que, como consequência do ilícito do declarante, prefira conferir eficácia a ato sem vontade a simplesmente considerar a responsabilidade por perdas e danos¹⁴².

1.6.2. AS CONCEPÇÕES OBJETIVISTAS

Paralelamente a essas teorias subjetivas, outras nasceram e se desenvolveram sob o rótulo de objetivas. A teoria normativa, de HANS KELSEN¹⁴³, define uma estrutura escalonada da ordem jurídica, encimada pela Constituição e complementada pelas leis, pelos costumes e, também, pelo negócio jurídico. Nessa visão, o instituto de que se trata deveria ser tido como acordo de vontades voltado à criação de normas particulares, necessárias à regulação de seus interesses, posteriormente elas próprias aplicadas pelo Direito. Na expressão do autor, seria *norma contratualmente criada*. Os efeitos jurídicos decorreriam do próprio negócio, em razão das regras impostas pelas próprias partes¹⁴⁴.

Já a teoria preceptiva, tendo por EMILIO BETTI seu principal sistematizador, atendia à relação recíproca que, firmada voluntariamente pelas partes, assumia feição de preceito, ainda no âmbito social. Com a recepção pelo ordenamento jurídico, opera-se a entrada da relação no mundo jurídico¹⁴⁵.

¹³⁹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 24.

¹⁴⁰ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 44/45.

¹⁴¹ *A Simulação em Direito Civil*, p. 39.

¹⁴² *A Simulação em Direito Civil*, p. 40.

¹⁴³ *Teoria Pura do Direito*, p. 179.

¹⁴⁴ CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 23.

¹⁴⁵ CARLOS ORLANDI CHAGAS, *Novos Defeitos do Negócio Jurídico*, p. 42.

A percepção objetiva do negócio jurídico não recebeu apoio unânime na ordem jurídica contemporânea. As razões, já apresentadas recentemente¹⁴⁶, não precisam ser novamente expostas.

1.6.3. O ESTABELECIMENTO DO REGIME

A dificuldade teórica de elaborar-se um modelo único para o estabelecimento de diretrizes que respondam às várias hipóteses de divergência entre vontade e declaração, confirmada, aliás, no campo da prática¹⁴⁷, talvez revele a impertinência de prestigiar-se um único aspecto da formação dos negócios jurídicos. Reconhece-o FERRARA¹⁴⁸, quando afirma a possibilidade de conferir-se maior ou menor relevância à vontade do agente conforme as circunstâncias exijam quer a proteção do declarante quer a do declaratário¹⁴⁹.

No que servem de exemplo, por sua própria natureza, as disposições *mortis causa* exigiriam consideração especial à vontade do agente, ao passo que, no comércio, a segurança das relações comerciais demandaria observância à declaração feita. Essa primeira constatação, porém, fundada só no tipo do negócio jurídico, mereceria complementação, porque, eventualmente, particularidades de um negócio em concreto poderiam ditar solução diferente¹⁵⁰.

É de JOSÉ ALBERTO VIEIRA¹⁵¹ a conclusão segundo a qual nenhuma das teorias propostas para a sistematização dos negócios jurídicos se adaptaria ao Direito Português. Por vezes, a resposta a determinadas intercorrências do negócio jurídico tenderia a prestigiar a vontade do declarante, tais como nas situações de falta de consciência da declaração (art. 246.º), nas declarações não sérias (art. 245.º), no erro vício (arts. 251.º e 252.º) e na relação entre os simuladores (art. 242.º, 1). Diferente seria a orientação dada à interpretação da declaração negocial (art. 236.º, 1), à reserva mental (art. 244.º) e, em certa condição, à incapacidade acidental (art. 257.º), apoiadas que seriam na teoria da confiança. Em outras hipóteses, a solução do Direito Português repousaria na teoria da

¹⁴⁶ Ver tópico 1.3.2.

¹⁴⁷ Ver tópico anterior, a descrever soluções das mais diversas dadas pelo direito positivo.

¹⁴⁸ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 29.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 180: *A ordem jurídica pode conferir mais peso à declaração do que à vontade efetiva, ou, inversamente, conferir mais peso à vontade real do que à declaração. A resposta à questão de saber qual das duas soluções do presente problema deve ser preferida depende dos princípios de política jurídica que determinam o legislador. O ideal da segurança do tráfico pode conduzir a uma solução, o ideal da liberdade individual pode conduzir à outra.*

¹⁵⁰ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 29.

¹⁵¹ *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil (artigos 217.º a 295.º)*, p. 11.

responsabilidade (art. 245.º, 2), da tutela da aparência (art. 243.º, 1) e da segurança do comércio jurídico (art. 291.º).

Do lado brasileiro, de forma semelhante, CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY¹⁵² conclui pelo reconhecimento, pelo legislador, da insuficiência só de considerar-se a vontade da qual se origina o negócio jurídico para o tratamento de suas inconsistências. Realmente, o novo Código Civil, embora de detalhamento inferior à contraparte lusitana, não trata de todas as vicissitudes com as quais se preocupou o legislador português. As que nele encontram regulação, porém, consideram os fundamentos das mais variadas teorias. No que servem de exemplo, o erro substancial e a simulação entre os simuladores se corrigem pelo expediente de conferir-se à vontade do declarante o mesmo prestígio que tem em Portugal (art. 139). A diretriz interpretativa do negócio jurídico, embora diversa da prescrita pelo Direito português, mostra-se de igual forma objetiva (art. 112), opondo-se, assim, à regra do sistema civil anterior (art. 85). Dessa mesma natureza, aliás, é o tratamento dado à reserva mental (art. 110). Na simulação, os terceiros de boa-fé merecem a mesma tutela da aparência (art. 167, § 2º).

Tal alternância não seria exclusiva dos sistemas jurídicos lusófonos. Embora se tenha difundido a ideia da incorporação da teoria da declaração no Código alemão¹⁵³, opondo-se à solução dada pela contraparte francesa, fato é que também na legislação alemã se notam soluções embasadas ora numa, ora noutra teoria. No diploma alemão, a consequência da declaração não séria (§ 118) e da simulação contra terceiros de boa-fé (§ 117) é a nulidade do negócio, no que se nota filiação inequívoca à teoria voluntarista; de outra banda, o erro obstativo não enseja a nulidade, senão a anulabilidade do negócio (§ 119).

Dos diferentes fundamentos utilizados pelo legislador se manifesta a adoção, pelo ordenamento jurídico, de um critério eminentemente prático para a solução de tantas e tão diversas intercorrências que podem afetar o negócio jurídico. Tendo considerado o negócio jurídico em todos seus aspectos, desde a gênese, quando ainda se formava a vontade interna das partes, até a efetiva celebração do negócio, o legislador indicou os desvios a esse procedimento ideal, opondo-lhes, evidentemente, a sanção respectiva. Viu-se o problema, portanto, não só da perspectiva de um ou de alguns de seus elementos essenciais, mas também sob o critério de seus pressupostos de validade. Não se prestigiou, porque não deveria mesmo, um único elemento ou pressuposto do negócio: a vontade interna, se estiverem presentes as devidas circunstâncias, pode macular o negócio jurídico, embora não seja elemento de sua constituição, da mesma forma que o

¹⁵² *Dos Fatos Jurídicos e do Negócio Jurídico*, p. 393.

¹⁵³ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 76.

defeito da declaração, em outras situações, pode levar à mesma consequência, não obstante se esteja aí diante de peça essencial ao negócio.

Reitera-se, assim, aquilo que se afirmou recentemente ¹⁵⁴, no sentido de compreender o negócio jurídico em seu conceito estrutural, mas suscetível de aferição em seus planos de validade e de eficácia.

1.7. A INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Já se afirmou, tal como FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA¹⁵⁵, a distinção que separa o conceito de inexistência do de nulidade. Aquele se refere à substância do negócio, à afirmação sobre o ser, ao passo que este se limita ao não-valer. Na interessante expressão do aludido autor, a invalidade se passa já no mundo jurídico¹⁵⁶. Há, na vocação que têm para a geração de consequências jurídicas, clara correspondência ao peso de cada uma dessas posições. O ato inexistente, porque insuficiente a merecer significação jurídica, não pode gerar os efeitos jurídicos que com ele se pretendia alcançar. De outra banda, o ato nulo, embora excepcionalmente, pode produzir efeitos jurídicos.

Decorrem as invalidades de algum defeito ou vício contemporâneo à formação do negócio jurídico ¹⁵⁷. As intercorrências que, depois de sua regular celebração, interceptarem o negócio jurídico para negar-lhe os efeitos pretendidos serão de outra natureza. O distrato, que bem exemplifica, tem por alvo só a eficácia de negócio existente e válido e que, não fosse essa manifestação negocial extintiva posterior, poderia gerar os efeitos nele consignados.

A invalidade comporta gradação¹⁵⁸. Em verdade, é gênero. Conforme a gravidade, assim a ser sopesada pelo próprio ordenamento jurídico, em atenção aos mais variados critérios, a invalidade assume a forma de nulidade ou da anulabilidade, com notáveis diferenças de regime. Segundo CLOVIS BEVILACQUA¹⁵⁹, surgiu a modulação da invalidade por força pretoriana, como meio de contornar o rigor com que o Direito Romano tratava dos

¹⁵⁴ Tópico 1.3.2.

¹⁵⁵ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 20.

¹⁵⁶ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 28. Numa construção mais poética, CLOVIS BEVILACQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 259, descreveu os atos nulos como um *enfermo condenado à morte; o outro (inexistente) não tem existência jurídica; será quando muito, a sombra de um ato, que se desvanece, desde que a consideremos de perto*.

¹⁵⁷ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 104, e ZENO VELOSO, *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 29.

¹⁵⁸ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 361, e ZENO VELOSO, *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 23.

¹⁵⁹ *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 254.

negócios contrários à lei. Estabeleceram-se, então, atos nulos de pleno direito e atos cuja nulidade dependia de manifestação judicial, embora sem acordo doutrinário e legal quanto à classe que cada uma das invalidades deveria ocupar. O projeto do primeiro diploma civil brasileiro, coordenado pelo aludido autor, categorizou as invalidades conforme os interesses afetados: a agressão a normas de ordem pública estaria a merecer resposta mais enérgica, com caracteres que se afeioam à nulidade propriamente dita; mas a lesão a interesses individuais de quem tivesse discernimento e meios razoáveis de defesa poderia ter tratamento diferente, a depender, inclusive, da conveniência do próprio titular, no que se teria anulabilidade.

Os arts. 145 e 147 do Código Civil brasileiro de 1916 testemunhavam a adoção da teoria nos termos propostos por seu coordenador. O ato praticado por pessoa absolutamente incapaz, o que tivesse objeto ilícito ou impossível, os que não adotassem a forma legal ou que tivessem desconsiderado solenidade essencial, bem assim os que fossem expressamente taxados de nulo, seriam absolutamente ineficazes por alegação de qualquer interessado ou do Ministério Público, ou mesmo por reconhecimento oficioso, independentemente de ação própria, sem possibilidade de confirmação. Os anuláveis, de outro modo, ou produziriam os efeitos jurídicos esperados até que o contrário se determinasse judicialmente, por iniciativa das partes ou de terceiro prejudicado, ou seriam ratificados, expressa ou tacitamente, mantendo incólumes seus efeitos pretéritos e assegurando os futuros. O Código Civil de 2002, com alguma alteração¹⁶⁰, não se desviou do critério anterior e continuou a apartar o nulo do anulável, mediante estabelecimento de regimes semelhantes aos do diploma anterior.

O Código Civil português prestigiou os mesmos critérios. Segundo ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO¹⁶¹, da observação das hipóteses legais de nulidade e anulabilidade, identificam-se, como fundamentos da primeira, a falta de elemento essencial e a contrariedade ao Direito, ao passo que, para a segunda, o interesse só do particular.

1.7.1. A NULIDADE

Estabeleceu-se, não peremptoriamente, a tendência que tem o ato nulo de não produzir efeitos. Sendo concomitante à formação do negócio, a nulidade o torna inviável para impedir a produção dos efeitos desejados¹⁶². A nulidade, então, opera de pleno

¹⁶⁰ O novo Código Civil, em boa hora, fez incluir, entre as causas de nulidade, também o negócio jurídico que tenha objeto indeterminável e o que tenha por determinante motivo ilícito, comum a ambas as partes. Talvez tenha sido mais importante, porém, a expunção da hipótese que confundia nulidade e ineficácia (art. 145, V, parte final).

¹⁶¹ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Confirmação no Direito Civil*, p. 176.

¹⁶² ZENO VELOSO, *Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 152.

direito, porque a sanção decorre diretamente da lei. Diante da carente qualificação de um determinado negócio, o ordenamento, via de regra, nega-lhe a produção daqueles efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

Há mais quanto à mencionada ineficácia do ato nulo. Se, comumente, ocorre mesmo de a lei negar consequência ao ato que não atenda àquelas qualificações legais mínimas, não se olvida dos tantos casos em que o ato, embora nulo, produz efeitos, por vezes até mesmos efeitos próprios, tais como pretendidos pelas partes. Não há, nessa constatação, desvio substancial. Como visto, o plano da nulidade se diferencia do da eficácia, de modo que a alardeada ineficácia do ato nulo pode ser excepcionada pela lei. Por isso, aliás, elogia-se o legislador brasileiro, que, no novo Código Civil, deixou de consignar, entre as hipóteses de nulidade, aquela atinente à ineficácia legal (art. 145, V, do Código Civil de 1916, já mencionado em outra oportunidade).

É certo que, em razão do critério que adotou para classificar as inúmeras situações de invalidade, o legislador descreveu regime jurídico mais severo aos casos de nulidade. As condições da parte, a qualidade do objeto, a razão da forma, entre outras, seriam circunstâncias a determinar, aos casos mais graves, notadamente aqueles relacionados a questões de ordem pública, uma resposta mais severa do ordenamento. Por isso é que, na forma dos arts. 168 e seguintes do novo Código Civil brasileiro, semelhantes aos dos arts. 286º e posteriores do Código português, a nulidade, que opera de pleno direito, pode ser denunciada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, reconhecendo-a oficiosamente, inclusive, o próprio juiz. Tampouco se admitem confirmação e sanção.

Compreende-se, sob certos parâmetros, a circunstância de a nulidade operar de pleno direito. Uma vez que se atrela tal invalidade diretamente à lei, não se faria necessário o ajuizamento de ação específica para a dissolução do ato maculado. É manifesto que, conforme as circunstâncias que rodearem o negócio jurídico nulo, a parte ou algum interessado poderá ter interesse no ajuizamento de ação, especialmente para o desfazimento de alguns efeitos práticos que, porventura, tenham sido irregularmente produzidos¹⁶³. Poderá ocorrer, também, de a nulidade depender da constatação judicial de alguma situação, só assim a descortinar a irregularidade¹⁶⁴. De todo modo, no geral,

¹⁶³ Socorre como exemplo a regra do art.182 do Código Civil brasileiro, correspondente ao art. 289º, 1, do equivalente português, por meio da qual se impõe a restituição das partes ao estado anterior ao do negócio simulado. No ponto, acolhe-se a conclusão de ZENO VELOSO, *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 150, no sentido de que o termo anulado, previsto no mencionado art. 182 do Código brasileiro, corresponderia, em verdade, à expressão invalidado, de forma a alcançar tanto a declaração de nulidade como a anulação, exatamente como determina o Código Civil português.

¹⁶⁴ O exemplo, dado por ZENO VELOSO, *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 153, é o do enfermo mental não interditado, mas aparentemente são, que celebra negócio jurídico.

faculta-se às partes, ao interessado e ao Ministério Público, nos casos em que intervier, a alegação em qualquer tipo de procedimento, mesmo em exceção. A omissão em assim proceder, aliás, pode ser suprida pelo próprio juiz, que conhecerá oficiosamente da irregularidade.

É bom frisar a denominação que se dá à nulidade por permitir a arguição por qualquer interessado. Reserva-se o termo nulidade absoluta a essa concorrente legitimação, em decorrência dos limites subjetivos que têm essas categorias de invalidades. Por isso, a crítica de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA¹⁶⁵ ao uso da expressão como sinônimo de nulidade propriamente dita, opoente, pois, do termo nulidade relativa, como que a designar a anulabilidade.

Por seu predicado, o ato nulo não se convalida; sua irregularidade não se conserta nem se contorna. Às partes também se estendem as restrições, pois não poderão confirmar negócio nulo. Verificada a deficiente qualificação de seus elementos constitutivos à época de sua formação, o ato assim se manterá nulo. Como há de ocorrer no sistema das invalidades, há exceções, tal como a da nulidade testamentária, a ser impugnada só no prazo de cinco anos do registro¹⁶⁶.

O art. 169 do Código Civil brasileiro expressamente afasta a possibilidade de o negócio jurídico nulo convalescer. À época dos debates legislativos¹⁶⁷, aliás, o Congresso Nacional rejeitou emenda que propunha justamente a convalidação de negócio nulo pelo advento do prazo prescricional. O argumento para a rejeição foi o de que a regra insculpida pelo aludido artigo acolheria a melhor orientação. Apesar disso, continua a doutrina a divergir sobre a prescrição ou a decadência da nulidade. ZENO VELOSO¹⁶⁸, porém, dá ao artigo o merecido alcance, a negar a convalidação que traria a prescrição ou a decadência. No Direito português, JOSÉ ALBERTO VIEIRA¹⁶⁹ interpreta a regra consignada no art. 286º do Código Civil português de forma a afastar o impedimento, pela prescrição ou pela decadência, à arguição da nulidade.

A propósito da simulação, especificamente quanto aos efeitos do negócio simulado, sabidamente atrelados à noção de nulidade de que agora se tratou, ressalta-se a impertinência de vincular-se a um modelo inflexível de invalidade para a definição das consequências que o descortinamento do ajuste simulatório haveria de provocar. A análise do regime de invalidades, sobretudo das exceções que o populam, revela o

¹⁶⁵ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 31.

¹⁶⁶ O exemplo é de ZENO VELOSO, *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 162.

¹⁶⁷ *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: Elementos Históricos da Elaboração da lei 10.406, de 2002*, v. I, p. 1.175.

¹⁶⁸ *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 166.

¹⁶⁹ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, pp. 104-105.

tratamento peculiar conferido pelo legislador a certas nulidades, ainda que de certa forma a desfigurar a categoria em que o desvio deveria ser compreendido, quase que a gerar um *tertium genus*. Mais adequado, então, é que se considere plenamente o peso de outros valores mais caros ao Direito, tais como a boa-fé de terceiros, em detrimento de uma rígida obediência a uma sistemática que já não existe plenamente.

1.7.2. A ANULABILIDADE

O regime das nulidades, formado a partir da conjugação das regras lançadas a ambas as categorias de invalidades, de outra forma encara os desvios que só à anulabilidade chegam. A justificativa, repete-se, tem a ver com a qualidade dos interesses envolvidos, geralmente de ordem interpessoal, privados, portanto.

À partida, destaca-se a diferença de ser admitida a produção dos efeitos próprios do negócio jurídico, ao menos até que a invalidade seja judicialmente reconhecida. Anota-se a pertinente crítica de ZENO VELOSO¹⁷⁰ à afirmação de que, até eventual invalidação, o ato anulável é válido. A contradição, aliás, em seus próprios termos, ocorre porque, uma vez mais, confundem-se os planos da validade e da eficácia. Mais correto seria considerar que, até a anulação, o ato é só eficaz.

A eficácia do ato anulável, porém, é provisória¹⁷¹. Se eventualmente for judicialmente decretada a anulação, a lei determina a restituição das partes ao estado anterior. A regra, prevista no art. 182 do Código Civil brasileiro, emparelha-se à do art. 289º, 1, do diploma português. A propósito, JOSÉ ALBERTO VIEIRA¹⁷² esclarece a pertinência de resolverem-se outras questões, provenientes das modificações de fato a que se sujeitarem os objetos do negócio, tais como os melhoramentos na coisa comprada.

Não é, porém, a única via. As partes – ou, ao menos, unilateralmente, a parte a quem interessar a anulação¹⁷³ –, desde que já tenha cessado a causa que vicia o negócio, poderão confirmar o ato, dando, aos efeitos passados, regularidade retroativa. Não se trata, propriamente, de retroatividade dos efeitos, porque estes já vinham sendo produzidos desde a origem. O que a confirmação exclui é a precariedade desses efeitos.

Não se exige forma especial para a confirmação, mesmo nos casos em que o negócio principal se celebre apenas solenemente. A regra, ausente no Direito brasileiro, encontra previsão no art. 288º, 3, do Código Civil português. De todo modo, pode até

¹⁷⁰ *Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 265.

¹⁷¹ VITOR PALMELA FIDALGO, *Contributo para o Estudo da Teoria Geral dos Vícios do Negócio Jurídico*, p. 314.

¹⁷² *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, pp. 108-109.

¹⁷³ ZENO VELOSO, *Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 280.

ocorrer tacitamente, conforme sinalizar a conduta do beneficiado pela invalidade (art. 174 do Código Civil brasileiro, correspondente ao já mencionado art. 288º, 3, do português).

No Direito português, a retroatividade da confirmação atinge terceiros (art. 288º, 4, do Código Civil), diferentemente do que ocorre no Brasil, ressalvados que são seus direitos (art. 172, parte final, do Código Civil). Em razão do regime aplicável à anulabilidade, a autorizar a eficácia do ato anulável até que o contrário seja judicialmente decretado, o sistema português se mostra mais coerente.

Também pode ocorrer a decadência do direito de pleitear a invalidação, situação em que, como na confirmação, mantêm-se definitivamente os efeitos gerados. No Direito português, o prazo anual se suspende enquanto não for cumprido o negócio.

A anulabilidade, porque de certa forma concernente a interesses privados, depende do impulso dos interessados, mediante o ajuizamento de ação própria. Não o supre o juiz. O termo interessado de que se valeu o legislador ao ditar a regra do art. 177 do Código Civil é mais restrito do que aquele do art. 168. Mais adequado, entretanto, seria que a diferença decorresse diretamente do enunciado legal, tal como se faz no Código português (art. 287º, 1), a conferir ação apenas àqueles em benefício de quem se estabeleceu a anulação. Óbvio que, pelo que já se relatou do regime, a inércia dos legitimados serve à convalidação da anulabilidade. O prazo decadencial atua, então, para estabilizar a situação que se manteve somente em função da inércia dos interessados.

1.7.3. A IRREGULARIDADE

Na gradação dos vícios que afetam o negócio jurídico já em sua formação, a irregularidade é a que se coloca ao piso. Trata-se de desvio insuficiente a afetar o negócio jurídico em si, sem prejuízo, então, à sua validade e eficácia. Diferentemente, refere-se às hipóteses em que o descumprimento de certas condições legais desencadeia sanções específicas, da mais diversa natureza¹⁷⁴. Servem, como exemplo, as imposições decorrentes de violação aos impedimentos impedientes, no casamento e a compra e venda de imóvel sem a exibição do registro da coisa¹⁷⁵.

¹⁷⁴ VITOR PALMELA FIDALGO, *Contributo para o Estudo da Teoria Geral dos Vícios do Negócio Jurídico*, p. 316.

¹⁷⁵ O exemplo é de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Confirmação no Direito Civil*, p. 185.

2. A SIMULAÇÃO

2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

O Direito Romano arcaico, assim entendido o período iniciado com a fundação de Roma e encerrado com a promulgação da *Lex Aebutia de formulis*, não identificou defeito com os caracteres da simulação¹⁷⁶. A solenidade que caracteriza essa fase do Direito Romano, resultado de rígida observância à tradição e de uma evidente dificuldade da escrita, exigia ritualística quase que teatral para a conclusão de negócios jurídicos. O expediente adotado em razão dessas circunstâncias servia como forma de registro do ato perante os presentes, mas só quanto ao que se externava.

Os períodos posteriores do Direito Romano, clássico e pós-clássico, admitiram também negócios jurídicos despidos de solenidades, do *ius gentium*¹⁷⁷. Inicialmente, identificaram-se casuisticamente várias hipóteses de negócios jurídicos simulados, que, supostamente divergentes da realidade, não produziam efeitos. Atribui-se a MODESTINO, porém, a gênese da sistematização do instituto¹⁷⁸, ao negar efeito jurídico a *contractus imaginarii*, em decorrência de falta da verdade¹⁷⁹.

A carência de uma estruturação do instituto se revela também na simulação relativa. Embora sem precisão técnica ao se referirem ao ato dissimulado, os juristas romanos, ainda ao prestígio da verdade em detrimento da aparência, continuavam a negar efeito ao negócio aparente para considerar unicamente o oculto¹⁸⁰, isso se ele próprio reunisse todos seus elementos de validade. Constata-se, porém, que, mais frequentemente do que não, à invalidade do negócio simulado se seguia a do dissimulado, por uma direta afronta à aspereza da lei que a simulação pretendia contornar¹⁸¹. Também casuisticamente, o Direito Romano tratou da simulação por interposta pessoa, nos contratos de compra e venda e de depósito, bem como no de aquisição de coisa empenhada¹⁸².

O tratar pragmático do Direito Romano, que só dispersamente regulamentou casos que hoje se conceituam como simulação, não impediu que se reconhecesse certa

¹⁷⁶ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, pp. 22/23; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 236.

¹⁷⁷ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, p. 158.

¹⁷⁸ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 23.

¹⁷⁹ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 104.

¹⁸⁰ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 161.

¹⁸¹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 235.

¹⁸² FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 168.

obediência a diretrizes específicas¹⁸³. Embora a consideração pontual de situações em que não se conceberia como real um determinado negócio jurídico pudesse desembocar em sanções distintas, consequência essa de elevada incongruência caso fossem elas todas classificadas e reguladas sob o rótulo da atual simulação, fato é que, como princípio fundamental, o negócio aparente não produzia efeitos jurídicos e o encoberto, se existente, só os produzia eventualmente, se o que se queria invisível não fosse contrário às normas. Mesmo a observação puramente objetiva do fenômeno, segundo FRANCESCO FERRARA¹⁸⁴, não desrespeitaria sua essência jurídica, ao final vinculando a aparência à falta de vontade das partes. O que, nas palavras de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS¹⁸⁵, não teria sido expressamente tratado pelo Direito Romano seria a possibilidade de a simulação ser oposta a terceiro de boa-fé.

O Direito Intermédio, ainda vinculado aos textos romanos, acolheu os mesmos princípios, a eles incorporando, porém, alguns os novos casos apontados pelo costume¹⁸⁶. Reiterou-se, no período, a ineficácia completa de efeitos jurídicos na simulação absoluta¹⁸⁷. Segundo FRANCESCO FERRARA¹⁸⁸ e A. BARRETO MENEZES CORDEIRO¹⁸⁹, a primeira classificação das formas de simulação coube a AZO PORCIUS, que, ao comentar o título XXII do Livro 4 do *Codex*, apartou as hipóteses de interposição fictícia de pessoa e de simulação relativa, ao lado de outras que modernamente se classificam como fraude à lei. BARTOLUS DE SASSOFERRATO e BALDUS DE UBALDIS¹⁹⁰, impulsionados pela profusão de formas pelas quais insidiosamente se tentava contornar as restrições à usura, apresentaram suas próprias classificações, para distinguir a simulação de outros institutos, notadamente o da falsidade¹⁹¹ – embora frequentemente falhando em distinguir os atuais institutos da simulação e da fraude à lei –, e para precisar seus efeitos, notadamente quanto aos terceiros de boa-fé. Os comentadores, porém, não se acertaram quanto à legitimidade dos próprios simuladores para arguir o defeito¹⁹².

Sobre o período que se seguiu, mais precisamente na Itália do século XVI, FRANCESCO FERRARA¹⁹³ comprovou, com a resenha das conclusões dos juristas da época, sua

¹⁸³ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 236.

¹⁸⁴ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 160.

¹⁸⁵ *A Simulação em Direito Civil*, p. 239.

¹⁸⁶ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 105.

¹⁸⁷ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 169.

¹⁸⁸ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 170.

¹⁸⁹ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 25.

¹⁹⁰ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 171, e A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 27.

¹⁹¹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 243.

¹⁹² FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 172/173.

¹⁹³ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 178.

afirmação inicial, no sentido de que a reanálise do Direito Romano não poderia gerar nenhum progresso significativo ao instituto da simulação.

Teria sido só no século XVII e XVIII, agora segundo JOSÉ BELEZA DOS SANTOS¹⁹⁴, que a simulação voltaria a ser objeto de estudos mais rigorosos, também em razão da proliferação de casos de encobrimento de negócios jurídicos, determinada pelo mercantilismo¹⁹⁵. Na Itália, além dos estudos de casos concreto de simulação, engendrou-se, em especial, teorização geral do instituto, precisando-se o conceito, de forma a permitir sua distinção das figuras afins, classificando suas espécies e catalogando seus efeitos, inclusive penais, e definindo os meios de prova.

Na França, o Código Civil passou a tratar da simulação em seu art. 1.321¹⁹⁶. Em sua literalidade, o artigo parece vulnerável à crítica de FRANCESCO FERRARA¹⁹⁷, no sentido de que o negócio dissimulado estaria a merecer ato próprio, posterior, de revogação do simulado. O dispositivo, entretanto, só chega à simulação atual se sua interpretação considerar a evolução do conceito de contradecaração. Inicialmente com a função de impugnar o conteúdo de ato público, a expressão passou a denominar ato sigiloso que o alterasse. Ao final, reconhecia-se no termo um ato secreto por meio do qual se alterava ato anterior ou se declarava sua simulação¹⁹⁸. A aludida transformação exegética bastou apenas para a identificação de parte dos caracteres gerais da simulação. Evidentemente, só o especificar dos efeitos não encerra o tema. Mesmo os demais artigos do Código Civil pertinentes à matéria¹⁹⁹, porque limitados a dois casos específicos, não chegam a prestar valorosa contribuição ao engendramento de um sistema simulatório mais completo. O que, ao final, calha destacar é que a legislação francesa permitiu os efeitos do negócio dissimulado só entre as partes contratantes, negando-os a terceiros, a quem continuaria a valer o simulado.

¹⁹⁴ *A Simulação em Direito Civil*, p. 244.

¹⁹⁵ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 189. Ao discorrer sobre o período, o autor menciona, entre outras, simulações de que se valeram devedores e falidos.

¹⁹⁶ Em tradução livre: “Art. 1321. As contra-declarações não podem surtir seus efeitos senão entre as partes contratantes, elas não gozam de efeito contra terceiros.”

¹⁹⁷ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 187.

¹⁹⁸ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 23.

¹⁹⁹ Art. 911. (...) I – São nulas as disposições em favor de incapazes, ainda quando simulem a forma de contrato oneroso ou os beneficiem por interposta pessoa. (...) Art. 1.396. Nenhuma modificação ou ressalva será válida sem a presença e o consentimento simultâneo de todas as pessoas que tomaram parte no contrato de casamento.

2.1.1. EM PORTUGAL

JOSÉ BELEZA DOS SANTOS afirmava a inexistência de normas no Direito Português antigo que conferissem identidade à simulação e que regulassem seus efeitos²⁰⁰. Só nas Ordenações Manuelinas é que a preocupação com a difusão de contratos simulados incentivou à definição genérica do instituto, embora vinculada à de fraude à lei²⁰¹.

O Título XV do Livro IV já estabelecia *que nom faça pessoa alguma contractos simulados*. Depois, justificando-se nos *muitos enguanos* que os simuladores promoviam maliciosamente em prejuízo de seus credores, de outras pessoas, dos direitos e até das leis e ordenações, o legislador arrolou um considerável número de exemplos de simulação, aos quais negava vigor e impunha, ainda, sanções de perdimento dos ganhos, em proveito do acusador, da coroa e dos prejudicados, e de desterro. Mas as gravosas penas poderiam ser afastadas se o simulador confessasse e provasse a simulação. De todo modo, a simulação deixou depois de ser crime, por força do art. 310 do Código Criminal²⁰², admitindo-se, conforme a hipóteses, a incidência da pena por crime de estelionato.

Dada a finalidade das Ordenações Filipinas, de só compilar, em um mesmo texto, as Ordenações Manuelinas, a *Colecção* de Duarte Nunes do Leão e as leis posteriores²⁰³, o instituto da simulação não viu nelas inovação. O Título LXXI do Livro IV mereceu a suficiente descrição *Dos contractos simulados*. Interessante é que a pena do desterro passou a ter como destino também o Brasil, pelo período de cinco anos²⁰⁴. De resto, mantiveram-se as disposições anteriores.

COELHO DA ROCHA afirmava a semelhança entre o dolo e a simulação, pois as partes dariam aos atos uma aparência diferente do que eles são. Exemplificou a venda encoberta por doação só aparente. Os atos, seguindo o doutrinador, seriam nulos²⁰⁵. SILVA PEREIRA via, na parte da norma que vinculava o conceito do contrato simulado ao *que algumas pessoas fazem maliciosamente em prejuízo de seus credores*, requisito próprio, ao lado do dolo²⁰⁶. Negava, ainda, a possibilidade de ser apenas presumida sem causa racional. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO²⁰⁷ relata que com essa configuração o instituto se manteve. A

²⁰⁰ *A Simulação em Direito Civil*, p. 253.

²⁰¹ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 45.

²⁰² “Art. 310. Todas as acções ou omissões que, sendo criminosas pelas leis anteriores, não são como taes consideradas no presente Codigo, não sujeitão a pena alguma.”

²⁰³ ANDRÉ RUBENS DIDONE, *A Influência das Ordenações Portuguesas e Espanhola na Formação do Direito Brasileiro do Primeiro Império*, p. 25.

²⁰⁴ Cópia das Ordenações Filipinas pode ser encontrada no Senado Federal da República Federativa do Brasil.

²⁰⁵ *Ordenações Filipinas*, p. 123.

²⁰⁶ *Ordenações Filipinas*, p. 123.

²⁰⁷ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 47.

isso, acrescenta-se a constatação de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS²⁰⁸, no sentido de que, sendo bem conceituado o instituto, devidamente apartado de similares, tais como o da falsidade e do erro; reconhecidos os efeitos do negócio dissimulado, válido só eventualmente; verificados os meios de prova; e, por fim, questionada a legitimidade dos próprios simuladores para a alegação do defeito, a teoria jurídica da simulação teria conhecido sensível evolução.

O Código de Seabra separou a simulação da fraude à lei, deslocada a outro dispositivo, exigindo só a finalidade de prejudicar terceiros. Interessante é que, em relação aos efeitos da simulação, o legislador, no art. 1.031^o, pareceu preferir a anulação em detrimento da nulidade²⁰⁹. Tal interpretação, porém, mereceu as críticas de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS²¹⁰, sempre a defender que a simulação, porque a revelar a carência de um dos elementos do negócio jurídico, ensejaria sua nulidade. O efeito da simulação, segundo A. BARRETO MENEZES CORDEIRO²¹¹, seria, por tradição, inaugurada ainda no Direito Romano, seria sempre o da nulidade do negócio jurídico.

Para que a simulação ganhasse seus contornos na forma que consta do atual Código Civil Português, ultrapassou-se considerável período em que se submeteu o anteprojeto a duas revisões ministeriais²¹². Se comparadas as formas, nota-se considerável evolução da final em relação à original quanto ao conceito de simulação: a proposta inicial, reduzida à essência de uma *declaração não querida*, foi bem substituída pela versão final, escorada que é na divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante. O próprio RUI DE ALARCÃO²¹³, autor do anteprojeto, via na última definição a que mais atendia à técnica jurídica. Ainda quanto aos requisitos da simulação, também mereceu apoio doutrinário²¹⁴ a versão final, que, para o distanciamento da fraude à lei, excluiu a hipótese de simulação para frustrar a aplicação de preceito legal (art. 240^o, 1).

O negócio simulado, assim na simulação absoluta como na relativa, haveria de ser nulo, conforme reconhecimento da doutrina portuguesa da época²¹⁵ (art. 240^o, 2). Se, nesse ponto, não houve alteração significativa entre o inicialmente proposto e o finalmente aprovado, difere a questão quanto ao negócio dissimulado. Já o anteprojeto

²⁰⁸ *A Simulação em Direito Civil*, p. 255.

²⁰⁹ “Art. 1.031.^o Os actos ou contratos, simuladamente celebrados pelos contraentes com o fim de defraudar os direitos de terceiro, podem ser anulados e rescindidos a todo o tempo, a requerimento dos prejudiciados.”

²¹⁰ *A Simulação em Direito Civil*, p. 322.

²¹¹ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 54.

²¹² A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 52.

²¹³ *Simulação: Anteprojecto para o Novo Código Civil*, p. 6.

²¹⁴ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 54.

²¹⁵ *Simulação: Anteprojecto para o Novo Código Civil*, p. 8.

inicial admitia *certas dificuldades* no tratamento da simulação relativa, notadamente quanto à forma que haveria de revestir²¹⁶. Embora houvesse alguma certeza quanto à eventual vocação de validade do ato encoberto, discutia-se quanto à necessidade de obediência à solenidade que, porventura, existisse. A posição primeira – de admitir-se contradecaração ou, no que mais frequentemente haveria de ocorrer, de que se atendessem, no negócio aparente, as razões do formalismo do negócio dissimulado – não foi acatada. Quis a lei, ao final, que apenas o negócio dissimulado que de alguma forma atendesse à solenidade produzisse efeitos²¹⁷ (art. 241º, 2).

Em relação à legitimidade dos simuladores para arguir a nulidade, o Código Civil português manteve a tradição legal e jurisprudencial de admiti-la²¹⁸ (art. 242º, 1). De igual forma, mantiveram-se as reservas contra a oponibilidade da simulação a terceiros de boa-fé (art. 243º).

2.1.2. NO BRASIL

Durante o período do Brasil-Colônia, o sistema jurídico vigente era o de Portugal²¹⁹. Depois da proclamação da independência do Brasil, por força da Lei 20 de outubro de 1823, as Ordenações, leis e outras normas que houvessem sido promulgadas em Portugal até 25 de abril de 1821 continuariam vigentes até posterior alteração. Consequentemente, as normas civis que regulavam a sociedade brasileira eram as que se encontravam nas Ordenações Filipinas, de 1603. Não por outro motivo, atribuiu-se a FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA a constatação de que *nosso direito não vem da semente; mas de um galho, que se plantou*²²⁰.

Comentando sobre a simulação, tal como definido nas Ordenações Filipinas, mas já em terras brasileiras, arrimado no Direito Romano, ANTONIO JOAQUIM RIBAS²²¹ a qualificava como o *disfarce ou a ocultação da verdade, dando aos actos, uma das partes ou ambas, apparencias diversas da realidade*. Admite-a, ainda, aos contratos bilaterais e unilaterais, bem como a quaisquer escrituras, alvarás e autos de confissões, quer haja prejuízo da parte, quer mera fraude à lei.

²¹⁶ RUI DE ALARCÃO, *Simulação: Anteprojecto para o Novo Código Civil*, p. 9.

²¹⁷ A análise mais aprofundada do dispositivo vem no tópico 3.3.1.

²¹⁸ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 59.

²¹⁹ ANDRÉ RUBENS DIDONE, *A Influência das Ordenações Portuguesas e Espanhola na Formação do Direito Brasileiro do Primeiro Império*, p. 52.

²²⁰ ANDRÉ RUBENS DIDONE, *A Influência das Ordenações Portuguesas e Espanhola na Formação do Direito Brasileiro do Primeiro Império*, p. 8.

²²¹ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. II, p. 370.

O Direito Português foi lentamente substituído. O Código Criminal, de 1830, e o de Processo Criminal, de 1832, substituíram o Livro V das Ordenações; a Lei 556/1850 instituiu o Código Comercial. Ao Decreto 737/1850 coube a regulamentação do processo civil.

No âmbito do Direito Comercial, o art. 129 do Código correspondente afirmava a nulidade de todos os contratos comerciais que fosse constatada a simulação. No Decreto 737/1850, o art. 685 regulava as nulidades *dependentes de rescisão* e, entre as hipóteses, arrolava a simulação, ao lado do dolo, da fraude, da violência e do erro. Nessa configuração legislativa, a hipótese seria de anulabilidade, segundo AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS²²².

O Livro IV das Ordenações Filipinas foi o que mais se manteve, embora flexibilizado²²³ pela doutrina e pelas consolidações²²⁴. Em sua *Consolidação das Leis Cíveis*, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS anotava, no art. 358, a anulabilidade dos contratos simulados, assim entendidos os que se convencionasse, *com malícia*, o que não se queria, quer para prejudicar terceiros ou o tesouro, quer para fraudar a lei²²⁵. Nas notas, o aludido autor afirmava a substituição do termo nulo pelo anulável, em atenção justamente à orientação dada pelo Código Comercial e pelo Regulamento 737 de 1850; também negava a legitimidade dos simuladores para arguir a simulação contra terceiro e estabelecia a diferença entre o instituto e a fraude; por fim, reconhecia a *abolitio criminis* atinente à simulação. No art. 383 da Consolidação, dispensava-se a exigência de escritura pública para a prova do ato dissimulado porque, segundo o autor, *o engano sempre se faz encobertamente*²²⁶.

Da Consolidação, seguiu-se só até o Esboço, sem que se alcançasse a planejada codificação. Nele²²⁷, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS tratava da simulação especificamente nos

²²² *Promptuario das Leis Cíveis*, p. 549.

²²³ MARCELE GARCIA GUERRA, *O Código Possível: A Tarefa Estatal da Codificação Civil no Império do Brasil*, p. 47.

²²⁴ Conforme MARCELE GARCIA GUERRA, *O Código Possível: A Tarefa Estatal da Codificação Civil no Império do Brasil*, p. 66, a *Consolidação das Leis Cíveis* feita por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS foi o primeiro passo para a codificação. Na oportunidade, o governo imperial pretendeu *coligar e classificar* toda a legislação, pátria e portuguesa, anterior à independência. É o relato, também, de EPITÁCIO PESSOA, *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. I, pp. 648-654, na exposição de motivos apresentada ao Congresso Nacional na condição de Ministro do Interior.

²²⁵ *Consolidação das Leis Cíveis*, v. I, p. 240.

²²⁶ *Consolidação das Leis Cíveis*, v. I, p. 266.

²²⁷ Segundo FELIPE QUINTELLA MACHADO DE CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Brasileiro*, p. 183, essa nova tentativa de codificar a legislação civil se iniciou em 1859, com término estimado em 1861, depois prorrogado para 1864. Depois, a insatisfação do autor e suas divergências com o Governo Imperial impediram a continuidade dos trabalhos. Em 1872, o Ministro da Justiça, Duarte de Azevedo, resolveu definitivamente o contrato. No mesmo sentido, ver MARCELE GARCIA GUERRA, *O Código Possível: A Tarefa Estatal da Codificação Civil no Império do Brasil*, p. 73. E também: *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. I, p. 652.

arts. 521 e 527, embora outros dispositivos lhe fizessem referência. No art. 521, precisava a simulação nos atos jurídicos em geral, por meio de interposta pessoa ou por aposição de algum elemento que não fosse verdadeiro. No artigo seguinte, tratava isoladamente da simulação por atos entre vivos, inclusive rotulando-a de absoluta ou de relativa, além da hipótese de datação inverídica. Mas a completa configuração do defeito, segundo o art. 523, estaria na dependência de constatar-se má-fé, assim entendidos o prejuízo a terceiro ou a fraude à lei. Anotava, ainda, a nulidade da simulação absoluta (art. 524) e a possibilidade de convalidação do ato dissimulado (art. 525), desde que nenhuma outra invalidade o maculasse. O dispositivo posterior negava legitimidade de arguição aos simuladores maliciosos, mas a outorgava ao terceiro prejudicado ou ao ministério público, conforme a hipótese. O ato simulado seria, é bom frisar, sancionado à nulidade²²⁸.

JOAQUIM FELICIO DOS SANTOS²²⁹, em seu projeto de Código Civil de 1891²³⁰, alocou a simulação no capítulo referente aos efeitos dos atos jurídicos em relação a terceiros, afastada, portanto, dos vícios do consentimento, especificados em capítulo anterior. O art. 255 se limitaria a conceituar, genericamente, a simulação absoluta e a relativa. O ato seria anulável, e só pelo terceiro prejudicado.

Já no projeto de ANTÔNIO COELHO RODRIGUES²³¹, de 1893, a simulação divide com a fraude seção própria, inserida no capítulo pertinente à capacidade e consentimento do título dos atos jurídicos. O art. 335 definiria a simulação em três parágrafos. No primeiro, simulado seria o ato ostensivo despido de intenção e, também, o ato posterior, a invalidar o primeiro, tal como as contradeculações do Direito Francês. O segundo estenderia a definição da simulação à sua atual forma relativa. Por fim, o terceiro qualificaria como simulado o ato em que a data não correspondesse à real. No projeto, os simuladores não teriam legitimidade para arguir a simulação, diferentemente dos terceiros prejudicados. O art. 338 pretendia tipificar criminalmente, como estelionato, a simulação que determinasse prejuízo a outras pessoas. Os demais artigos, sob o rótulo da simulação, regulavam fraude contra credores.

²²⁸ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 168.

²²⁹ *Projecto do Codigo Civil da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, p. 29.

²³⁰ FELIPE QUINTELLA MACHADO DE CARVALHO, in *Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Brasileiro*, p. 179, relata a apresentação do projeto de Joaquim Felício dos Santos em 1881. Entretanto, a comissão nomeada pelo Ministro da Justiça não teria aprovado o projeto e a situação não teria se modificado sequer com os esforços do autor. No mesmo sentido, MARCELE GARCIA GUERRA, *O Código Possível: A Tarefa Estatal da Codificação Civil no Império do Brasil*, p. 74. O relato aparece também na exposição de motivos feita por EPITÁCIO PESSOA, *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. I, p. 652.

²³¹ *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*, p. 46.

Em sua própria Consolidação²³², CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO, também em seção reservada ao consentimento nos negócios jurídicos, no capítulo dos elementos dos atos jurídicos, tipificou a simulação como o proceder doloso, por meio do qual se declararia o que não se teria contratado (art. 231), desde que com o fim de prejudicar terceiros e o tesouro, e bem assim o de fraudar a lei (art. 231, parágrafo único). No sistema da Consolidação, a invalidade, porque atinente a vício de consentimento, é relativa.

Quando, enfim, publicou-se o Código Civil, em 1916, a simulação foi inserida na Seção IV do Capítulo II, atinente aos *Defeitos dos Atos Jurídicos*. Configurava-se por meio de interposição de pessoas (art. 102, I), por declaração não verdadeira (art. 102, II) e por pós ou pré-datação de instrumento particular (art. 103, III). Nos termos do artigo subsequente, era ainda requisito a intenção de prejudicar terceiros ou de violar a lei. O art. 104 não atribuía aos simuladores a arguição do defeito. Interessante observação fez ALBERTO JÚNIOR VELOSO²³³, ao limitar a terceira hipótese, de data não verdadeira, aos instrumentos particulares, para assim apartar a simulação da falsidade que ocorreria caso o oficial correspondente lançasse no documento data incorreta.

O regime simulatório ganhou contornos diferentes no Novo Código Civil. À partida, o art. 167 expressamente afirma a nulidade dos negócios jurídicos simulados e a eficácia do dissimulado, se eventualmente inexistirem vícios materiais ou formais. No mesmo dispositivo, arrolam-se as hipóteses de simulação, semelhantes às da legislação anterior. É de ser ressaltada, ainda, a correção dada ao tratamento da simulação, pertinente ao seu afastamento da fraude à lei. É que, na forma do art. 166, VI, do diploma, opõe-se a nulidade ao objetivo de fraudar lei imperativa. Há, ainda, o eloquente silêncio do novo Código acerca de vincular-se a configuração da simulação à intenção de prejudicar terceiros. Também se nota a omissão legal quanto à legitimidade dos simuladores para arguição da nulidade.

²³² *Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Cíveis*, p. 80. Segundo FELIPE QUINTELLA MACHADO DE CARVALHO, in *Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Brasileiro*, p. 190, a obra corresponderia, em seu conteúdo, a um projeto de Código Civil, embora formalmente a tanto não se qualificasse. Não obstante a *Consolidação* tenha sido concluída no mesmo ano em que CLOVIS BEVILAQUA concluiu seu anteprojeto, a obra não teria sido inútil, pois, até a efetiva publicação do Código Civil de 1916, teriam decorrido dezessete anos.

²³³ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 169.

2.2. A IDENTIFICAÇÃO DA FIGURA

2.2.1. ASPECTOS GERAIS

A célebre²³⁴ introdução de ALBERTO AURICCHIO²³⁵ à sua obra sobre os negócios jurídicos simulados, feita ainda em 1957, continua a bem descrever o contexto no qual se insere o instituto em questão. A dificuldade de situar-se o conceito da simulação, especialmente se se estendesse a análise até seus efeitos, poderia ser comparada, metaforicamente, a uma ilusão de ótica que há tempos embaraça o jurista brasileiro. É oportuna, aliás, a observação de ALBERTO JÚNIOR VELOSO²³⁶, a desfazer a única certeza do aludido autor italiano, qual seja, a de que o negócio simulado estaria sempre a ser nulo, já que, no Código Civil brasileiro de 1916, era apenas anulável.

Muito dessa imprecisão conceitual decorre das várias formas que assume o negócio jurídico perante o investigador. Para os que têm na vontade a origem dos efeitos jurídicos, a simulação corresponderia à simples inexistência dela, dado o desajuste entre o querer interno e o efetivamente declarado.

Talvez mais sensível seja a posição dos que prestigiam a declaração. A ser considerada a premissa da teoria, de que vale sempre a declaração em detrimento da vontade interna dos participantes, o negócio simulado haveria sempre de produzir seus efeitos, mesmo entre os simuladores. Contornou-se tal incongruência – ou ao menos assim se tentou proceder²³⁷ – por meio de considerar, artificialmente, a declaração como o par que haveria de ser formado pelo negócio simulado e pelo dissimulado, sempre contraditórios entre si, aproximando-se da construção francesa das contradeculações²³⁸.

²³⁴ Mencionada por ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 103; por LEONARDO MATTIETTO, *Negócio Jurídico Simulado*, p. 218.

²³⁵ *A Simulação no Negócio Jurídico: Premissas Gerais*, pp. 7-10: *Na realidade, querendo-se abranger num amplo olhar toda a copiosa literatura acerca da simulação, sente-se a estranha sensação de estar a ver através de um caleidoscópio. Tem-se a impressão de que o fenômeno é de grande simplicidade, e que tudo se reduz a uma mera ilusão de ótica. As lentes são sempre as mesmas – no nosso caso, poucos conceitos seguros: o negócio simulado não produz efeitos, a ineficácia é querida pelas partes, a simulação é inoponível a quem possa ser, com ela, prejudicado – mas o desenho muda sempre, de cores e de formas: ilusão de ótica, como se disse, jogo de conceitos.*

²³⁶ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 102.

²³⁷ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 65, vê a solução como mero expediente para salvar os princípios da doutrina da declaração.

²³⁸ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 61.

De resto, segundo os defensores da teoria objetiva, a simulação, decorrente mais da divergência entre a intenção e a causa típica, não estabeleceria nenhuma regulamentação de interesses²³⁹.

A dificuldade de precisar-se tudo o que diga respeito aos negócios jurídicos, evidentemente, não deve impedir a tentativa de estabelecer os contornos da simulação. Pelo que já se expôs²⁴⁰, tal ingrata tarefa observará os elementos do negócio jurídico, notadamente a declaração de vontade, e a própria vontade interna, essa como critério de validade, cada qual com sua própria relevância.

2.2.2. A DIVERGÊNCIA ENTRE A VONTADE INTERNA E A DECLARAÇÃO

Ainda à época das *Ordenações*, ANTONIO JOAQUIM RIBAS²⁴¹ a via como o *disfarce ou a ocultação da verdade*, mantendo-se fiel à forma pela qual se entendia estruturado o próprio negócio jurídico desde o Direito antigo. Na *Consolidação das Leis Cíveis*, a denominação legal (art. 358) passou a considerar a convenção maliciosa que não se queria convencionar. O legislador brasileiro, por sua vez, nos dois códigos que editou, descreveu a simulação como uma declaração não verdadeira. Com alguma semelhança, a legislação portuguesa preferiu destacar a divergência entre a declaração negocial e a vontade real.

FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA²⁴², ao conjugar a disposição legal e a origem do próprio termo, inicialmente destacou a simulação como algo que se faz aparecer que não seria o querido. Depois de alguma elaboração, apresentou conceito mais preciso²⁴³, para identificar a simulação como o ajuste, entre declarante e declaratário, de negar à declaração o ingresso no mundo jurídico. O mais distinto jurista brasileiro, entretanto, assim o fez de modo a identificar consequência que mais se aproximaria da inexistência ou da nulidade, distintas, portanto, daquela efetivamente escolhida pelo legislador da época, de simples anulabilidade. CLOVIS BEVILACQUA²⁴⁴ também a tinha como o ato só aparente, fictício, encobridor de uma declaração real da vontade ou da inexistência dela. FRANCESCO FERRARA²⁴⁵ partiu do conceito etimológico do termo para, depois, concluir por sua adequação também no terreno jurídico: negócio simulado seria,

²³⁹ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 103.

²⁴⁰ Tópicos 1.3.2 e 1.6.3.

²⁴¹ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. II, p. 370.

²⁴² *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 373.

²⁴³ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 376.

²⁴⁴ *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 225.

²⁴⁵ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 49-50.

então, o que fosse real só na aparência, engendrado apenas para ocultar negócio diverso²⁴⁶.

Modernamente, as doutrinas brasileira²⁴⁷ e portuguesa²⁴⁸ qualificam a simulação de forma a prestigiar a divergência deliberada entre a declaração e o querer dos declarantes e declaratários.

Embora a adequação do conceito de simulação dependa ainda da justaposição de outro elemento, merecedor de oportuna deliberação, a divergência de vontades, decorrente de ajuste entre declarante e declaratário, é questão que já exige consideração.

Parte-se do importante aspecto da divergência de vontades. Afirmou-se, no tópico anterior, a dificuldade que têm os defensores da teoria da declaração em explicar por que motivo a declaração que constitui o negócio simulado não deve produzir os efeitos que dele se esperam. O expediente de afirmar-se a existência de duas manifestações distintas, ambas integradoras da declaração propriamente dita, é, de fato, artificioso, porque desconsidera a forma pela qual se deve delimitar as declarações negociais e, também, por olvidar com que feição surgem as simulações.

A declaração negocial se encerra na expressão da vontade dos envolvidos²⁴⁹. Tem, nessa manifestação de um determinado conteúdo, os seus limites, e assim há de permanecer no mundo jurídico. Se, depois, as partes ajustarem-na em alguma fração, assim o farão por meio de nova declaração, evidentemente posterior.

Essa engenhosa, porém, artificial, conjugação das manifestações dos simuladores, por desconsiderar os limites da declaração, conduz a uma noção de simulação que não corresponde à realidade. O negócio simulado não nasce para, depois, ser modificado por outro. Diferentemente, por meio de prévio ajuste simulatório, oculto, o negócio simulado já nasce para não produzir os efeitos que dele se poderiam esperar²⁵⁰.

2.2.3. O AJUSTE SIMULATÓRIO

Afirma-se, portanto, a distinção entre a vontade declarada e a interna das partes como elemento imprescindível à simulação. Contudo, tal circunstância também serve a

²⁴⁶ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 51.

²⁴⁷ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 38-39; ORLANDO GOMES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 331; ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, pp. 107-108.

²⁴⁸ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 16; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 49.

²⁴⁹ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 62.

²⁵⁰ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 65.

estruturar a figura do erro obstáculo. Distinguem-se os casos porque, na simulação, a divergência é intencional, ao passo que, no erro, é involuntária²⁵¹. Por isso é que, na instituição sob análise, só interessa a divergência de vontades que seja intencional.

Há mais na simulação. A deliberada divergência de vontades caracteriza também a reserva mental²⁵². Por essa razão, aliás, já se defendeu a existência de uma figura simulatória mais compreensiva, a igualmente alcançar essa outra forma de vício social²⁵³. Mas, se limitada à simulação em seu conceito restrito, a análise revelará, como causa da divergência, um ajuste dos simuladores, seja entre os contratantes no contrato, seja entre declarante e destinatário da declaração.

Toma-se o ajuste simulatório como elemento específico da simulação²⁵⁴. A divergência de vontade, comum também ao erro, se deliberada, integra a reserva mental, que só se aparta da simulação porque, nesta, declarante e declaratário ajustaram o esvaziamento do negócio que publicamente apresentaram.

Em regra, os simuladores ajustam, previamente²⁵⁵, a prática de um negócio jurídico aparente, mas se admite a possibilidade de que seja ele intelectualmente concomitante ao negócio simulado²⁵⁶. A forma tomada, mais frequentemente do que não, é a verbal, embora ocorra também por escritos públicos e particulares e por fingida tradição de coisa móvel²⁵⁷.

É importante frisar a autonomia que tem o ajuste simulatório frente ao negócio jurídico simulado e, eventualmente, ao dissimulado. Casos há em que o engodo é total, de forma a negar todo e qualquer efeito jurídico a um determinado negócio público. Nessa configuração, o procedimento simulatório, se assim se permitir expressar a redução do fenômeno, necessariamente partirá do *pactum simulationis*, por meio do qual se maquiará a celebração de negócio aparente, público, mas castrado dos efeitos recíprocos que haveria de desencadear. Nesta simulação que se convencionou chamar de absoluta, opõem-se dois elementos distintos: o negócio simulado, válido aparentemente, e o ajuste simulatório. De outra banda, a simulação de que se valer para a ocultação de um negócio por outro, comumente denominada de relativa, seguirá aquele mesmo procedimento,

²⁵¹ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 52.

²⁵² FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 53.

²⁵³ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 63.

²⁵⁴ Segundo ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 45-47, a expressão acordo simulatório decorreria do disposto no art. 1.414 do Código Civil Italiano.

²⁵⁵ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 68. E, também, ALBERTO AURICCHIO, *A Simulação no Negócio Jurídico*, p. 46.

²⁵⁶ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 46-47.

²⁵⁷ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 113.

iniciado pelo ajuste simulatório, embora aqui mais complexo²⁵⁸, para a formalização de negócio aparente, sob o qual se posicionará outro, interno, este sim a gerar efeitos que efetivamente se querem. Nessa hipótese, serão três os elementos remanescentes, quais sejam, o negócio simulado, o dissimulado e, entre eles, a regular de que forma se equalizam os efeitos de um e de outro, o *pactum*.

A autonomia, porém, não serve para qualificar o ajuste simulatório como negócio jurídico propriamente dito. Embora se coloque ao lado de um negócio simulado e, eventualmente, de outro dissimulado, o conluio é mero ato preparatório, jurídico e não vinculativo, na expressão de ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO²⁵⁹, porque sua efetividade, embora ilícita, fica sempre a depender da celebração do negócio aparente, sem o que se esvazia. Igual é a posição de ALBERTO AURICCHIO²⁶⁰, a identificar, na inexistência de dever aos partícipes do negócio, a impossibilidade de o ajuste qualificar-se como negócio jurídico, mas mera preliminar de fato da simulação. Em sentido contrário é a opinião de ITAMAR GAINO²⁶¹, fundada, ao que parece, no equívoco de atribuir ao prévio ajuste simulatório poder de vinculação, de modo a obrigar as partes a celebrar o negócio simulado e o dissimulado. Prefere-se a primeira orientação, especialmente porque não há de ser do ordenamento jurídico a função de dar efetividade a negócio jurídico que, depois, ele próprio o terá como nulo, porque só aparentemente existente. Sob perspectiva sócio-política, não se pode querer o acolhimento ao segundo entendimento. Se assim ocorresse, estar-se-ia a incentivar – melhor dizendo, a impor – a consumação da simulação, obstando a desistência, por um dos simuladores, antes da efetiva exteriorização do negócio simulado.

Posto dessa forma, fica evidente a preferência à doutrina defensora da possibilidade de simularem-se também negócios jurídicos unilaterais²⁶². O elemento caracterizador da simulação, a destacar seu campo do da reserva mental, reside justamente na existência de um prévio ajuste simulatório entre declarante e destinatário da declaração, qualquer que seja a natureza do negócio, recipiindo ou não²⁶³. Desse jeito ajustada a prática de negócio jurídico unilateral, com o conhecimento dos envolvidos

²⁵⁸ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 47-49.

²⁵⁹ Citado por A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, pp. 66-67.

²⁶⁰ *A Simulação no Negócio Jurídico*, p. 47.

²⁶¹ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 52-54.

²⁶² Nesse sentido, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 49; e JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 73. Diversamente, FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 107. No Brasil, ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, pp. 106-107, está entre os que admitem a simulação nos negócios unilaterais, como demonstraria o art. 1.802 do Código Civil Brasileiro.

²⁶³ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 71, e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 187. Contra: JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 73.

antes mesmo da formalização do ato aparente²⁶⁴, ter-se-á a simulação se os efeitos que ordinariamente haveriam de surgir forem contornados pelo declaratório em negócio jurídico subsequente. É oportuna a lição de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA²⁶⁵, a destacar a imprescindibilidade de ajuste simulatório, entre ao menos duas pessoas, portanto, ainda que não sejam elas exatamente partícipes do negócio simulado. Exatamente com esses caracteres é que se descreveu, no testamento simulado no art. 1.802 do Novo Código Civil brasileiro, correspondente ao artigo 2.200º do Código Civil português, hipótese de negócio jurídico unilateral simulado.

O conluio – e agora se refere aos negócios jurídicos em geral – justamente por essa sua posição autônoma em relação ao negócio simulado e, eventualmente, ao dissimulado, haverá ainda de qualificar eventuais prejudicados – aqui, no sentido mais amplo da expressão – como terceiros²⁶⁶. O negócio jurídico público pode ter seus efeitos modulados em prévio ajuste simulatório celebrado só por alguns dos envolvidos. Os que dele não participarem, conseqüentemente, haverão de ser considerados como terceiros, detentores, assim, de privilegiada posição jurídica para a defesa de seus interesses.

2.2.4. A INTENÇÃO DE ENGANAR TERCEIROS

Até aqui se definiram dois elementos que certamente haverão de servir ao conceito de simulação, quais sejam, a deliberada divergência de vontades e o prévio ajuste simulatório. Impõe-se cogitar se a eles deve ser acrescida a intenção de enganar ou de prejudicar terceiros. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA²⁶⁷, logo na abertura do capítulo atinente à simulação tal como descrita na legislação da época, já afirmava ser dela o intuito de prejudicar terceiros ou de fraudar a lei. Também era a posição de CLOVIS BEVILACQUA²⁶⁸ e de ORLANDO GOMES²⁶⁹.

Atualmente, o Código Civil brasileiro elencou outros elementos objetivos para sua caracterização (art. 167, § 1º, I a III), sem menção expressa à necessidade de constatar-se prejuízo em detrimento de terceiros. A bem da verdade, sequer se mencionou, como elemento subjetivo da figura, eventual intenção de enganar pessoas estranhas ao ajuste. A esse silêncio legislativo se seguiu o entendimento unânime da doutrina, no que servem

²⁶⁴ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, pp. 75-76.

²⁶⁵ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 381.

²⁶⁶ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 887.

²⁶⁷ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 373. Evidentemente, o conceito trazia em si a dificuldade de apartar-se simulação para fraudar a lei e a nulidade por fraude à lei.

²⁶⁸ *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 226.

²⁶⁹ *Introdução ao Direito Civil*, p. 331. Embora revisada, a obra original atendia ao contexto jurídico definido pelo Código Civil Brasileiro de 1916, explícito, como se viu, a exigir a intenção de prejudicar terceiros ou de fraudar a lei.

de exemplo ITAMAR GAINO²⁷⁰ e CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA²⁷¹, segundo o qual não se haveria que discutir sobre a intenção das partes em determinar algum prejuízo efetivo a terceiros, mas, àquele modelo inicial de simulação, conformado só pelo mau uso do poder de autovinculação, haveria de ser agregada também a intenção de, ao menos, enganar.

A justificativa, segundo PEDRO PAIS DE VASCONCELOS²⁷², estaria em que, sem esse intuito específico, a questão se deslocaria para o campo da interpretação dos negócios jurídicos. Prestigiar-se-ia, nesses casos de divergência entre a vontade e a declaração, aquilo que as partes verdadeiramente queriam, nos termos do art. 236º, 2, do Código Civil português. Como consequência, por esse critério interpretativo, chegar-se-ia ao negócio dissimulado ou à plena ineficácia, conforme as partes tenham querido, ou não, a produção de algum efeito. Prefere essa solução à de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO²⁷³, feita de jeito a considerar a aplicação analógica do regime simulatório.

A consideração da intenção das partes simuladoras permite também que se aviventem os limites que separam a simulação de outras figuras, notadamente as declarações não sérias²⁷⁴. JOSÉ BELEZA DOS SANTOS²⁷⁵, aliás, deu início à sua exposição acerca dos elementos da simulação justamente pelo expediente de revelar as várias facetas que a divergência de vontades pode assumir, se decorrente, ou não, de deliberação espontânea das partes e, no que mais de perto interessa à presente questão, conforme a intenção de enganar, historicamente presente na simulação, mas estranha às declarações sem seriedade²⁷⁶. Dito autor, em momento posterior, reafirmou a importância do elemento, agora explicitamente para distinguir a simulação das declarações não sérias²⁷⁷.

Realmente, não se pode mais defender a excentricidade²⁷⁸ do Código Civil Brasileiro de 1916 de ver simulação só na intenção de prejudicar estranhos ou de fraudar

²⁷⁰ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 38-39.

²⁷¹ *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 156.

²⁷² *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 585.

²⁷³ *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 190.

²⁷⁴ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 111; FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 54.

²⁷⁵ *A Simulação em Direito Civil*, pp. 59-61.

²⁷⁶ Acolhe-se, no ponto, a crítica de FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 54, contra a tentativa de categorizar a simulação de maneira a compreender todas as formas que assumir a deliberada divergência de vontades. Se assim se quiser proceder, que seja outra a figura compreensiva, mas não a da simulação.

²⁷⁷ *A Simulação em Direito Civil*, p. 66.

²⁷⁸ O termo foi adequadamente utilizado por A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 41, ao mencionar a limitação, feita pelo Código Civil Brasileiro revogado, apenas às simulações fraudulentas.

a lei. A observação, bem feita por ALBERTO JÚNIOR VELOSO²⁷⁹, FRANCESCO FERRARA²⁸⁰ e JOSÉ BELEZA DOS SANTOS²⁸¹, leva em conta a distinção entre os termos enganar e prejudicar: aquele se contenta com a simples desorientação, qualquer que seja a consequência, ao passo que este exige o engodo qualificado, voltado à lesão de alguma posição jurídica, em regra de ordem patrimonial.

De fato, há casos em que o engano, por não agredir direito de terceiros, não serve para qualificar a simulação como fraudulenta. É, nesse sentido, inocente a que se fizer só para não revelar a terceiro, a quem se tenha certa afinidade e de quem não se queira antipatia, a preferência feita quando da alienação de algum bem a proponente em idêntica situação; dessa mesma modalidade é a simulação feita, por modéstia, apenas para subtrair do conhecimento de terceiro o verdadeiro vulto do negócio²⁸². Em todas essas hipóteses, têm as partes o intuito de iludir terceiros, embora sem lhes acarretar prejuízo.

A compreensão adequada do que antes se afirmou depende, em grande parte, da análise de todo o procedimento simulatório, a englobar o negócio simulado, o dissimulado e, evidentemente, o ajuste simulatório que se coloca entre eles. A inexistência de prejuízo efetivo a terceiro não impede que se reconheça a invalidade do negócio aparente e, conseqüentemente, conduz à eficácia do oculto. Assim corresponderá exatamente à efetiva pretensão das partes. Nessa hipótese, a rigor, não haverá interesse jurídico do terceiro enganado a exigir a manutenção do ato simulado. Aos simuladores, por outro lado, garantir-se-á justamente a legitimidade para a confirmação desse estado de aparência e dos efeitos daquilo que ocultamente se ajustou.

Reconhece-se que a finalidade específica de prejudicar terceiros, embora prescindível, mais frequentemente do que não, vem a acompanhar a substancial maioria dos negócios jurídicos em que a simulação aparece. Com esse exato intuito ilícito, doa-se para negar direitos hereditários; declara-se preço a menor, especialmente nas vendas de imóveis no Brasil, para escapar dos elevados emolumentos cartorários e do imposto de transmissão ²⁸³; contrata-se serviço inexistente, para ocultar empréstimo usurário; contratam-se empréstimos por interpostas pessoas, para contornar restrições cadastrais; enfim, são multidão os negócios jurídicos que se celebram apenas para dar vazão a esse intuito de prejudicar terceiros e raros os desprovidos dele.

²⁷⁹ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 111.

²⁸⁰ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 53.

²⁸¹ *A Simulação em Direito Civil*, p. 66.

²⁸² O exemplo é de FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 53, citado também por ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 111.

²⁸³ Segundo PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 583, utiliza-se do expediente também em Portugal, para a redução da tributação.

Há casos, porém, em que o prejuízo se mostra relevante. O art. 242º, 2, do Código Civil português, por exemplo, admite a legitimidade dos herdeiros para invalidar negócio simulado apenas quando celebrados pelo autor da herança com a finalidade específica de os prejudicar²⁸⁴. A questão, evidentemente, decorre da particular posição dos herdeiros, por vezes a só substituir a figura do autor da herança, como se parte simuladora fosse, mas, em outras, a defender direito próprio. De todo modo, posterga-se, para outra oportunidade, o estudo das particularidades de tal legitimidade²⁸⁵.

Por outro lado, a exigência que se faz acerca da existência desse elemento finalístico não fixa também o marco da consumação da simulação. Dito de outra forma, já se tem simulação na simples celebração do negócio jurídico simulado, antes mesmo de sua oposição a terceiros²⁸⁶. De fato, já no negócio simulado, reúnem-se todos os elementos necessários à configuração da simulação: o ajuste, porque prévio, existia mesmo antes da confecção do ato, cujo conteúdo, pelo que se disse, em si embutia a finalidade de enganar terceiro. A finalidade, então, deve ser compreendida como objetivo, meta, de cuja realização não depende a configuração da simulação. Evidentemente, pior ainda seria se se vinculasse a perfeição da simulação a um efetivo prejuízo de terceiro. A questão, de que já se tratou, reconduz-se à diferenciação que há de ser mantida entre os termos enganar e prejudicar.

São esses os elementos que caracterizam a figura sob análise. A investigação de cada um dos requisitos da simulação permite que se inclua, no conceito sob construção, os caracteres que lhe são específicos. Auxilia a definição do instituto, evidentemente, também a exclusão daquelas hipóteses próprias a outros vícios que afligem os negócios jurídicos em geral.

Assim se apura sob essa vertente excludente a deliberada – e correta – omissão do novo Código Civil brasileiro acerca da simulação engendrada como forma de fraude à lei. O silêncio legislativo, tido aqui, em momento anterior, por irrelevante quanto ao intuito dos simuladores, revela-se eloquente no que se refere à simulação que tinha por objetivo fraudar a lei. O novo Código Civil brasileiro, neste ponto atento ao tratamento conferido por outras ordens jurídicas, notadamente as europeias, deslocou a fraude para o artigo concernente à nulidade do negócio jurídico e, com isso, isentou a todos do desnecessário trabalho de distinguir a simulação com fraude à lei e a nulidade por fraude à lei. Acolhe-se, pois, a correta opção do legislador para apartar, de vez, a simulação da fraude.

²⁸⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 190.

²⁸⁵ Ver título 3.1.6.

²⁸⁶ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 58.

É tempo de reunir o que já se expôs acerca do que deveria constituir a simulação, bem assim o referente aos negócios jurídicos e à autonomia privada, para apresentar conceito capaz de compreender a instituição da melhor maneira possível. Admite-se, à partida, a conexão da problemática a um exercício irregular da autonomia privada. Nesse sentido, tal como a mentira e a falsidade no campo social, a simulação seria não-conformidade, quase que como fenómeno indesejado – e, talvez, inevitável – do mau uso dos meios colocados à disposição dos particulares para a regulação de seus interesses. Se o estabelecimento de regras de conduta é o caminho por qual trilham os indivíduos para a satisfação de suas necessidades e conveniências, a simulação é o atalho deturpado por qual sempre vagam os que não admitem ou não querem os rumos socialmente propostos. Para tanto, lançam mão de ajustes públicos que não valem, ao menos não em sua inteireza, porque antecipadamente contrariados por outros, internos.

Assim, na simulação, as partes, como que se valendo do poder de autorregramento que o ordenamento lhes faculta, aproveitam da outorga para o estabelecimento de um conjunto de regras de conduta existente só na aparência, a ele opondo outro conjunto, interno e contraditório, ao qual efetivamente se vinculam, seja para a invalidação total do vínculo público, seja para a modificação parcial de seus termos, sempre no intuito de enganar terceiros.

2.3. FIGURAS AFINS

O instituto da simulação, talhado, com alguma rudeza, no tópico anterior, ainda está por merecer refinamento. Lapidando-se a figura por meio da comparação direta a outros elementos contidos nesta categoria compreensiva dos defeitos dos negócios jurídicos, talvez se definam contornos mais nítidos, especialmente importantes para o estudo de seus efeitos.

2.3.1. A RESERVA MENTAL

Da figura descrita no art. 110 do Código Civil brasileiro, ressalta-se a menção à validade do ato, não obstante a reserva mental do declaratório de não querer o que manifestou, salvo na hipótese de conhecimento do destinatário da declaração. O Código Civil português, por sua vez, adotou método diverso e revelou, em seu art. 244º, os elementos da reserva mental, concernentes à declaração negocial divergente da vontade do declarante e ao intuito de enganar terceiro, e estipula consequências semelhantes àquele outro.

A proximidade que têm a simulação e a reserva mental fez com que se considerassem, como simulação em sentido lato, ambas as hipóteses ²⁸⁷. FRANCESCO FERRARA²⁸⁸, aliás, relatava a intenção, por alguma doutrina, de classificar-se a reserva mental como forma de simulação unilateral²⁸⁹.

De fato, as instituições mantêm em comum importantes elementos: o desacordo de vontades como forma de enganar terceiros²⁹⁰. Entretanto, entre as partes do negócio jurídico afetado pela reserva mental, destaca-se o segredo²⁹¹. A divergência de vontades que se mencionou reside só no íntimo de um dos declarantes e, conseqüentemente, o engano se dirige justamente ao outro. A mentira, então, é só unilateral²⁹². À época do Código Civil de 1916, NELSON NERY JUNIOR²⁹³ afirmou, inclusive, a confusão que alguma doutrina fazia ao equiparar à simulação a reserva mental conhecida da outra parte. Mas a simulação, volta-se a afirmar, não prescinde de prévio ajuste das partes, que, em conjunto, engendram ato público aparente. O acordo simulatório, então, porque premeditado, agrega carga maior de imoralidade à figura, mais do que o conhecimento que o declaratório eventualmente tenha da reserva mental. A fronteira das figuras, diante da riqueza do mundo dos fatos, pode atenuar-se. Pode haver casos em que o declarante tenha acordado, não com o declaratório, mas com terceiros, a emissão de vontade não querida. Neste caso, porém, o ajuste, feito fora dos limites do negócio, não se qualifica como aquele de natureza simulatória, de maneira que se explica a ocorrência por meio da reserva legal, e não da simulação²⁹⁴.

Mais semelhante parece ser o caso da dupla reserva mental²⁹⁵, na qual, sem ajuste, declarante e declaratório guardam para si uma vontade diversa daquela efetivamente declarada. Entretanto, nisso não se tem o ajuste que necessariamente identifica a simulação.

Como não poderia deixar de ser, a identidade parcial dos elementos de uma e de outra figura conduz a uma estruturação igualmente semelhante entre elas²⁹⁶. Também a reserva mental pode alcançar todo o conteúdo da manifestação da vontade ou, diferentemente, restringir-se a apenas um aspecto dela ²⁹⁷. Assim, o declarante, na

²⁸⁷ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 63.

²⁸⁸ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 66.

²⁸⁹ LUIS MUÑOZ SABATÉ, *La Prueba de la Simulación*, p. 118.

²⁹⁰ NELSON NERY JUNIOR, *Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental*, p. 18.

²⁹¹ NELSON NERY JUNIOR, *Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental*, p. 47.

²⁹² LUIS MUÑOZ SABATÉ, *La Prueba de la Simulación*, p. 118.

²⁹³ *Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental*, p. 48.

²⁹⁴ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 66.

²⁹⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 188.

²⁹⁶ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 80.

²⁹⁷ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 71-72.

reserva, pode externar vontade que não tem, como pode também ocultar parte dela ou omitir as condições que a conformariam da maneira divulgada.

A finalidade da reserva mental, tal como a da simulação, pode não ser ilícita, no sentido de prejudicar terceiros ou de fraudar a lei.

Por outro lado, de certa maneira, as consequências que vêm com a simulação e a reserva mental aproximam o ajuste simulatório e o conhecimento da reserva pelo declaratório. Como adiante se verá com alguma profundidade²⁹⁸, ao menos entre os simuladores, o negócio simulado é nulo. Semelhantemente, também o conhecimento da reserva, pelo declaratório, enseja a nulidade do ato praticado²⁹⁹. De outra banda, dada a teoria dualista que comumente explica os efeitos da simulação, o negócio simulado produz efeitos em face de terceiros de boa-fé. Igualmente, a inocência do declaratório, que, com esse predicado, desconhece o engano da contraparte, confirma a validade do negócio, não obstante a reserva mental.

A opinião acerca dos efeitos da reserva mental, porém, não é unânime. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁰⁰ defende que, no caso de conhecimento por parte do declaratório, por força do art. 236º, 2, do Código Civil Português, o negócio seja válido conforme o sentido pretendido pelo declarante. A uma primeira vista, parece corroborar esse entendimento a referência feita ao regime simulatório pelo art. 244º, 2, do diploma civil. Isso porque, na simulação, se relativa, prevalece o negócio dissimulado, oculto, de jeito que talvez se pudesse defender semelhante solução à reserva mental em que se constataste o conhecimento do declaratório. Entretanto, a circunstância diferenciadora das figuras em comento, qual seja, o ajuste simulatório, exige que ao caso se dê solução contrária à orientação do referido professor. É esse acordo entre os simuladores que conecta o negócio simulado e o dissimulado e que estabelece os efeitos que verdadeiramente as partes querem entre si. A reserva legal, sem o *pactum simulationis*, não poderia produzir negócio jurídico oculto, de modo que, ou se corrobora a declaração, tal como externada pelo declarante, ou se afasta sua validade, negando-se acesso a uma terceira via, de vinculação a um ato que não contou com a imprescindível concorrência de vontades. De resto, o argumento de JOSÉ ALBERTO VIEIRA³⁰¹, no sentido de que o regime civil que governaria ambas as hipóteses seria lastreado na impertinência de produzirem efeitos

²⁹⁸ Mais precisamente no tópico 3.1.1.2.

²⁹⁹ Nesse sentido, JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, pp. 74-75.

³⁰⁰ *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 822.

³⁰¹ *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 55.

negócios jurídicos praticados com o intuito de enganar terceiros, parece contribuir para o ponto que aqui se defende³⁰².

2.3.2. SIMULAÇÃO E FALSIDADE

A falsidade pode ocorrer sob duas formas³⁰³. Diz-se material a falsidade voltada à modificação do documento em que se transcreveu o negócio jurídico. Pode ocorrer por supressão, modificação ou adição de elementos gráficos ao documento que deveria corresponder integralmente ao negócio jurídico tal como querido pelas partes. Foi bem dito por JOAQUIM MARTINS VAZ BARACHO³⁰⁴ que, nesta modalidade, olha-se em primeiro plano o documento em si. Não há, nessas circunstâncias, dificuldade em verificar em que pontos se distingue da simulação. Fica evidente que o documento lavrado sofreu, posteriormente, uma determinada agressão gráfica, a de alguma forma contrariar aquilo que corretamente externava. Mais do que isso, em razão dos contornos da figura da simulação, limita-se sua autoria aos partícipes do negócio ou, quando muito, ao declarante e ao destinatário da declaração, nos unilaterais. Esta falsidade, entretanto, não depende da iniciativa dos participantes do negócio jurídico ou dos que ele os tem por receptores. Vem fácil a noção de que qualquer pessoa pode alterar os símbolos que externam alguma declaração, mesmo as que não tiverem natureza negocial, para afetar a conexão entre o conteúdo do documento e a realidade que haveria de representar. Consequência disso, aliás, é a diferença na comprovação de um e de outro defeito. A falsificação de que agora se trata pode ser demonstrada, evidentemente, só por meio da análise do documento. Mostra-se, então, inteiramente prescindível a análise da relação por seu aspecto subjetivo, como que para investigar a intenção das partes, como de regra se faz necessário na simulação.

Diferente é a situação da outra modalidade de falsidade, a que se denomina ideológica ou intelectual, restrita aos documentos públicos³⁰⁵. Nela, porque referente a uma atermiação divergente daquilo que efetivamente ocorreu, tem-se alguma aproximação à figura da simulação. Entretanto, a diferença está em que esta modalidade de falso decorre da lavratura mentirosa de instrumento público pelo notário. Este, chamado a qualificar determinado negócio por meio de sua fé-pública, desvia-se de suas funções para produzir documento cujo conteúdo diverge daquilo que lhe apresentaram.

³⁰² Aliás, com fundamento semelhante, FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 74-75, justificou motivo da irrelevância da reserva mental do declarante para a validade do negócio jurídico.

³⁰³ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 61-63.

³⁰⁴ *Da Simulação nos Contratos: Alguns Aspectos do Problema*, p. 106.

³⁰⁵ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 119, e JOAQUIM MARTINS VAZ BARACHO, p. 109, afirmam a incidência desta espécie de falsidade aos documentos públicos. Além disso, o Código Civil Português, no art. 372º, acolher a teoria apresentada.

Daí a merecer mesmo a denominação de falsa documentação³⁰⁶. Na simulação, ao contrário, o oficial conhece da declaração negocial das partes e a reproduz em instrumento exatamente como lhe fora externada. Nenhum desvio seu há, porque não lhe era mesmo exigido saber do fingimento à sua frente³⁰⁷.

FRANCESCO FERRARA³⁰⁸ e JOSÉ BELEZA DOS SANTOS³⁰⁹ concordavam quanto às circunstâncias diferenciadoras dos institutos: a simulação, na condição de defeito ocorrente já na formação do negócio jurídico, a ensejar uma combinada distinção entre o querido e o declarado, afasta-se da falsidade, decorrente que é de uma produzida divergência entre a manifestação negocial efetivamente exarada e o documento que deveria demonstrá-la. Prosseguem os aludidos autores para destacar que a simulação atinge o ato jurídico antes mesmo de existir o documento que o represente, ao passo que a falsidade se limita a esse momento de confecção do instrumento.

A correta consideração dos institutos, feita de forma a encarcerá-los em seus exatos limites, permite a precisa subsunção dos casos concretos, mesmo os mais complexos e inusitados, à correspondente hipótese legal, de onde surgirão só as consequências verdadeiramente pretendidas pelo ordenamento jurídico³¹⁰. Com isso, circunscrevem-se os efeitos que a invalidade do negócio há de produzir, tanto na extensão deles quanto às pessoas que efetivamente devem suportá-los. Se o negócio jurídico é simulado, e se assim se limita sua autoria aos declarantes e declaratários, razão alguma existirá para a alegação de falsidade³¹¹, especialmente se direcionada ao registrador público que houver só consignado as declarações que lhe apresentaram. O defeito, no exemplo, reside no aspecto subjetivo das partes, de regra imune às diligências que se atribuem ao registrador. Contrariamente, se as partes, por algum motivo, externarem ao oficial a utilização do instrumento público para o acobertamento de outro negócio jurídico, o caso pode ser o de falsidade³¹².

Interessa o exemplo apresentado por ITAMAR GAINO³¹³. Segundo o autor, a simulação poderia ocorrer também por *forma falsa*, como na hipótese em que os simuladores, tendo deliberadamente ajustado a celebração de uma compra e venda imobiliária não verdadeiramente querida, depois falsificassem o traslado de escritura

³⁰⁶ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 96.

³⁰⁷ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 119.

³⁰⁸ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 118.

³⁰⁹ *A Simulação em Direito Civil*, p. 94.

³¹⁰ Entre as consequências jurídicas, inclusive, está a de natureza penal, restrita só à falsidade.

³¹¹ HOMERO PRATES, *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 55.

³¹² JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 97, explicava que, se partes declararem a intenção de escriturarem uma compra e venda apenas para ocultar uma doação e só aquele negócio for efetivamente lavrado, praticarão todos, partes e registrador, falsidade.

³¹³ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 61-63.

pública. O caso talvez não fosse o de simulação por falsidade, mas só o de falsidade ou, quando muito, de incidência apenas do regime próprio da falsidade. Se os simuladores, por alguma restrição legal, não pudessem recorrer a registrador público para a formalização do único documento demonstrador do negócio simulado, obrigando-se, então, à falsificação do próprio instrumento, só se teria a falsidade, sem simulação. Diferentemente, se a via pública lhes fosse autorizada, mas evitada em razão de alguma conveniência, as consequências que adviriam da falsidade documental acabariam por ser reguladas só neste âmbito. Não se poderia defender, ao menos não com alguma razoabilidade, a possibilidade de o negócio jurídico dissimulado valer perante terceiro, porque aí se teria validade exacerbada, de que não goza sequer o negócio regular, feito sem prévio ajuste simulatório. Dito de outra forma, diante da falsidade que exclui do negócio jurídico condição imprescindível à sua validade, o acordo simulatório não pode dar ao negócio subjacente algo que não teria o negócio regular³¹⁴.

2.3.3. SIMULAÇÃO E NEGÓCIO INDIRETO

No intuito de se delimitarem com maior nitidez os contornos da simulação, comumente se comparam a simulação e os negócios indiretos, notadamente os fiduciários³¹⁵. De alguma maneira, vê-se, no deliberado ajuste para conferir a um determinado tipo negocial finalidade que não lhe é própria, causa de aproximação. Não havendo identidade dos elementos³¹⁶, a afirmada semelhança parece residir no acordo que se faz em ambos os casos.

Na simulação, já foi dito e repetido, tem-se o ajuste simulatório. Nos negócios indiretos e fiduciários, as partes realizam procedimento complexo, mediante a justaposição de negócios que, a rigor, seriam de certa maneira contraditórios. Dito de outra forma, valem-se de um determinado negócio jurídico como meio de alcançar uma finalidade econômica incompatível com as consequências jurídicas que decorreriam do tipo negocial escolhido³¹⁷. A tal procedimento recorrem em razão de alguma conveniência circunstancial, que acaba por constranger as partes a evitar a trilha comum para alcançar

³¹⁴ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 236, em exemplo semelhante, tem com inconcebível solução diferente.

³¹⁵ Reconhece-se a divergência acerca da relação que teriam os negócios indiretos e fiduciários, conforme ODÍLIA FERREIRA DA LUZ, *Negócio Fiduciário, Negócio Indireto e Negócio Simulado: Uma Tentativa de Solução*, pp. 257-258. Dada a impertinência de aqui ser elaborada distinção mais aprofundada, limita-se o elemento confiança apenas ao negócio fiduciário.

³¹⁶ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 59-60.

³¹⁷ LUIS MUÑOZ SABATÉ, *La Prueba de la Simulación*, pp. 121-122.

uma determinada finalidade lícita. Segundo A. BARRETO MENEZES CORDEIRO³¹⁸, o estudo da doutrina romanista permitiria definir as bases do fiduciário: a vontade exteriorizada seria real; no sentido de buscar em contrato típico, mas de finalidade diversa, mais abrangente do que o caso estaria a exigir; obrigando-se, por outro lado, a parte contrária a utilizar condicionalmente os direitos que lhe foram atribuídos; para alcançar, indiretamente, os objetivos das partes; sem nisso incorrer ilegalidade.

Assim, transfere-se a propriedade de determinada coisa ao credor, mas limitando-se as consequências práticas dessa aquisição, e ainda sendo ajustada a obrigação pessoal de restituir ao devedor assim que confirmado o pagamento. Ao final, verifica-se a alienação, embora de efeitos restritos previamente ajustados, como forma de garantia. Noutro exemplo, também por impulso das circunstâncias, utiliza-se da cessão fiduciária de um direito como simples forma de operar o que se conseguiria juridicamente por meio do mandato. Em oposição à fictícia da simulação, a interposição real de pessoa, por meio da qual se transfere a propriedade de um bem a um intermediário, a fim de que, depois, possa com mais facilidade transferi-lo ao verdadeiro beneficiado, é negócio indireto, porque o primeiro ato, verdadeiro, realmente confere a titularidade ao intermediário. Com as características de negócio indireto, no Brasil, popularizou-se a emissão de cheques pós-datados, desse jeito transformando título representativo de ordem de pagamento à vista em mera promessa de pagamento³¹⁹ – aliás, característica própria da nota promissória –, sem que exista, em verdade, meios diretos de impedir a apresentação da cártula em data anterior àquela nela lançada.

Esse ajuste prévio, modulador dos efeitos de uma determinada figura jurídica e comum a todas as aludidas formas de negócio fiduciário, só de longe se assemelha ao ajuste simulatório. Se, do ponto de vista econômico, realmente não se tem identidade entre o tipo negocial escolhido e a finalidade das partes, para o Direito, especialmente nos negócios indiretos atípicos, a restrição ajustada não se opera³²⁰. Ultima-se plenamente a transmissão, inclusive para permitir uma segunda transferência a terceiros, mesmo que contrária ao pacto fiduciário³²¹. Por isso, os negócios fiduciários, a permitirem o uso de categoria negocial de efeitos mais amplos do que o necessário ao caso, acabam por impor considerável risco a uma das partes. É, no dizer de FRANCESCO FERRARA³²², meio insuficiente e precário, nem sempre a conferir proteção jurídica adequada, de modo a repousar na

³¹⁸ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 151. Mas o autor, depois de profunda elaboração, descreve o negócio fiduciário como negócio atípico, por meio do qual o titular de um direito assume a obrigação de atuar, no âmbito de uma determinada posição jurídica, em benefício de um terceiro.

³¹⁹ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 58-59.

³²⁰ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 78.

³²¹ O Supremo Tribunal de Justiça português, com semelhantes considerações, afirmou a diferença entre simulação e negócio indireto. Acórdão de 01 de abril de 2014, Processo 1363/09.8TBSTR.C1S1.

³²² *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 77.

palavra dos envolvidos, como está a sugerir o próprio termo *fidúcia* de que se extrai a denominação desse proceder.

As divergências entre as figuras são mais aparentes. Não há, no ajuste fiduciário, real divergência jurídica, de modo que se mantém o negócio mesmo entre os particulares, embora eventual desrespeito à limitação de sua eficácia possa gerar perdas e danos. Por outro lado, a simulação, repete-se, faz nascer negócio nulo entre os simuladores. Mais detalhadamente, afirma-se que, na simulação, o simulador prejudicado com o desrespeito do outro quanto à ineficácia do negócio simulado, tem, em regra, tutela jurídica para garantir o que se ajustara. A situação não é assim no negócio fiduciário. O fiduciante que constatar o desrespeito do fiduciário quanto ao modo pelo qual deveria exercer os poderes que lhe foram outorgados não tem apoio do ordenamento jurídico para forçar o cumprimento específico da obrigação e a discussão se transferirá ao campo das perdas e danos.

Do que já se viu sobre o negócio fiduciário, e também nos indiretos em geral, ressalta-se, ainda, a inexistência de alguma intenção de enganar terceiros. O acordo que fazem o fiduciante e o fiduciário tem eficácia interna, sem pretensão alguma de valer perante terceiros³²³. Por isso, enquanto a simulação se funda no engano, o negócio fiduciário se escora na confiança que têm as partes. A bem da verdade, não há, nos negócios fiduciários, violação do sistema jurídico e o inconveniente reside só na circunstância de os atos escolhidos pelas partes, porque utilizados fora da situação padrão para a qual foram pensados, não protegerem adequadamente as posições de cada uma delas. Mas essa inconveniência vem do risco assumido pelos próprios envolvidos de lançarem mão de recurso evidentemente exagerado para o caso.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu interessante caso retratado no Recurso Especial 155.242/RJ. Um particular alienou seu imóvel residencial para a obtenção de recursos para investimento, mas assim o fez em condições peculiares: por ajuste das partes, o financiamento tomado pelo comprador perante o Sistema Financeiro de Habitação foi parcialmente quitado pelo próprio vendedor, que, antes, restituíra o valor decorrente do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço³²⁴ do comprador, liberado para o pagamento de parte do preço; a posse do imóvel, transferida com a propriedade à época do negócio, havia de ser devolvida ao vendedor, assim que efetuado o pagamento integral do financiamento. A ação, ajuizada pelo vendedor, veiculava a pretensão de devolução das importâncias pagas por ele, dado o descumprimento do

³²³ MARCOS ANTÔNIO DA COSTA, *A Simulação no Direito Tributário*, p. 57.

³²⁴ No Brasil, o FGTS se qualifica como reserva financeira compulsória do empregado, proporcional ao tempo de serviço, de liberação vinculada às hipóteses legais, entre as quais se encontra justamente a de aquisição de casa própria.

negócio fiduciário. A contestação não controverteu os fatos narrados na inicial; preferiu opor-lhes outros, em exceção substancial, apenas para pedir a compensação do valor da restituição com outras dívidas. O juiz de primeiro grau convenientemente resolveu passar ao largo da discussão acerca da natureza jurídica do negócio, se simulado ou se fiduciário, e se limitou a reconhecer um enriquecimento ilícito merecedor de ressarcimento. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou a qualificação de fiduciário do negócio, vendo-o como simulação, engendrada com a finalidade de promover-se o levantamento da quantia do FGTS. Dada a redação do art. 104 do Código Civil de 1916, a negar legitimidade aos simuladores para a invalidação do negócio simulado, o Tribunal proveu a apelação. O Recurso Especial, ao Superior Tribunal de Justiça, questionou a qualificação dada ao ajuste, reafirmando a celebração só de negócio fiduciário, sem a intenção de enganar ou de prejudicar terceiros. O Relator, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, também embasado nas obras de PONTES DE MIRANDA e de FRANCESCO FERRARA, concluiu pela celebração de negócio fiduciário, supostamente porque as partes queriam mesmo os efeitos que dele decorriam. Com a quebra da fidúcia, a obrigação assumida pelo comprador se transformaria em perdas e danos. O vogal, Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, acertadamente, preferiu o rótulo de simulação ao de negócio fiduciário, em razão da clara intenção de enganar a instituição financeira para assim ganhar acesso a juros remuneratórios reduzidos e ao pecúlio do FGTS. Porém, escorado no enriquecimento ilícito, concordou com a restituição, pelo comprador, das prestações pagas pelo vendedor.

2.3.4. SIMULAÇÃO E FRAUDE

Não obstante a inexistência de disciplina legal a ao menos definir a feição geral da fraude à lei³²⁵, a doutrina, a propósito da licitude do negócio jurídico, qualifica a figura como meio indireto de violação à lei³²⁶. A definição clássica, citada por ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO³²⁷, JOSÉ BELEZA DOS SANTOS³²⁸ e FRANCESCO FERRARA³²⁹, era no sentido de assim a ter como fraude o evitar o comando à lei, mas respeitando-se suas palavras, e existia como expressão da divergência entre a letra e o espírito da lei³³⁰. HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR³³¹ a vê como o expediente que, sem contrariar diretamente a lei, permite que se obtenha o mesmo resultado proibido ou provê que se furte aos efeitos impostos por ela. Adequam-

³²⁵ À época da formação do Código Civil de 1916, a comissão elaboradora deliberadamente omitiu a questão da fraude (*Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. III, p. 436. O atual Código Civil brasileiro, por outro lado, limita-se a decretar a nulidade do negócio jurídico que *tiver por objetivo fraudar lei imperativa*).

³²⁶ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 102.

³²⁷ *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 575.

³²⁸ *A Simulação em Direito Civil*, p. 102.

³²⁹ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 92.

³³⁰ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 575.

³³¹ *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*, p. 55.

se propositalmente as circunstâncias de fato ou de direito como que para revelar ao ordenamento um contexto diferenciado, ao qual não haveriam de incidir algumas restrições legais ou que permitiria o acesso a alguma via que, originalmente, seria vedada às partes. O exemplo de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA³³² é o da pessoa casada que, para fugir da impossibilidade jurídica do divórcio em seu país, fixa domicílio em outro país para que lá dissolva o vínculo conjugal e, enfim, case-se novamente. No Brasil, é comum que, nos contratos em que surjam obrigações de trato sucessivo, as limitações legais acerca dos encargos moratórios sejam contornadas por cláusula que confira desconto se o pagamento ocorrer antecipadamente. Ainda mais grave, na Administração Pública, por meio do fracionamento da licitação, escapa-se dos limites que definem as modalidades licitatórias apresentando propostas de obras e de serviços só parciais, já com o intuito de aditar o objeto logo depois da assinatura do contrato.

O art. 1.344 do Código Civil italiano expressamente decreta a ilicitude da causa quando o contrato constituir meio de evitar a aplicação de norma imperativa. No Direito português, a fraude, relegada ao campo da interpretação das normas, não mereceu expressa disposição legal³³³. Doutrinariamente³³⁴, concebe-se a ilicitude em questão como o ato aparentemente lícito, mas praticado com a intenção de atingir objetivo vedado por lei. A interpretação que se faria das normas em questão haveria de esclarecer a extensão da proibição: quer se proíbe a via, quer se veda o resultado. No primeiro caso, as partes teriam liberdade para adotar outra rota, lícita; no segundo, a ilicitude impediria a finalidade, qualquer que fosse a forma jurídica utilizada para alcançá-la³³⁵.

Sabe-se que, no Código Civil brasileiro de 1916, a simulação só era tida como defeito do negócio jurídico se na modalidade fraudulenta, assim entendida a figura qualificada pela intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei. Confundiram-se desse jeito os institutos até a publicação do Código Civil de 2002, que, em seu art. 166, VI, dispôs sobre a nulidade do negócio que tenha por objetivo fraudar lei imperativa, excluindo, como não poderia deixar de ser, a intenção fraudulenta das hipóteses da simulação. À época do diploma revogado, era essencial que não se confundissem as figuras, pois variavam consideravelmente os efeitos de uma e de outra: se, de um lado, apenava-se a simulação com a anulabilidade, de outro, a fraude, porque não deixava de constituir infração à lei, embora indiretamente, ensejava a nulidade do negócio³³⁶.

³³² *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 379.

³³³ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 579.

³³⁴ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 581.

³³⁵ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 96.

³³⁶ HOMERO PRATES, *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 118.

Embora não mais se tenha a aludida distinção dos efeitos de uma e de outra figura, a reclassificação legal da simulação deve ser integralmente considerada. Ao que parece, as posições doutrinárias firmadas ainda sob a égide da legislação anterior continuam a ser reproduzidas, sem a devida atenção ao novo enquadramento legal dos institutos em questão. No que servem de exemplo, ITAMAR GAINO³³⁷ e ALBERTO JÚNIOR VELOSO³³⁸ continuam a admitir a possibilidade de fraude por simulação. De igual forma, JOSÉ BELEZA DOS SANTOS³³⁹ defende a existência da simulação em fraude à lei, embora o exemplo dado, de emissão de título cambiário não-causal para o pagamento de aumento de renda não autorizado por lei, revele negócio real, de eficácia plena.

Por isso – embora ainda exista alguma divergência entre os elementos da fraude³⁴⁰, especialmente quanto à intenção de evitar a incidência da lei³⁴¹, para os fins aqui propostos –, basta que se reconheça que, em ambas as teorias objetiva e subjetiva, os negócios jurídicos celebrados pelas partes são reais³⁴², no sentido de que se pretendem verdadeiramente os efeitos que dele normalmente decorrem. A ilicitude, evidentemente, reside na circunstância de tais negócios serem praticados para evitar a incidência de norma indesejada.

Não é diferente a posição de FRANCESCO FERRARA³⁴³. O autor negava que a ocultação promovida por um negócio jurídico simulado pudesse ser empregada para fraudar a lei. Dizia que, assim que descortinado o negócio oculto, a agressão à lei seria frontal, direta, não por via oblíqua, como se constata na fraude. Ao final, a correta conclusão era a de que os negócios jurídicos fraudulentos seriam reais, cujos efeitos seriam aproveitados, e talvez combinados a de outros negócios, para que assim se escapasse de alguma imposição legal. Nesse mesmo sentido, HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR³⁴⁴.

Foi por desconsiderar essa particularidade da fraude de sempre ensejar negócio jurídico eficaz que MARCOS ANTÔNIO DA COSTA³⁴⁵ ponderou, equivocadamente, a existência de negócios simulados não-aparentes. Os exemplos dados, de contratação dos serviços de empregados antes demitidos e de fracionamento societário de pessoa jurídica para o

³³⁷ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 60-62.

³³⁸ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 131.

³³⁹ *A Simulação em Direito Civil*, pp. 110-111.

³⁴⁰ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, pp. 104-105.

³⁴¹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 104, a tem como indispensável à configuração desta ilicitude.

³⁴² HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR, *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*, p. 57, e ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 60-62.

³⁴³ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 95-96.

³⁴⁴ *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*, p. 56.

³⁴⁵ *A Simulação no Direito Tributário*, p. 24.

reenquadramento em regime tributário menos oneroso, não revelam simulação, mas, a depender do alcance da norma proibitiva que se contornou, fraude à lei³⁴⁶.

A jurisprudência brasileira, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de qualificar como simulação a alienação feita por ascendente a descendente, por pessoa interposta real, como forma de evitar o consentimento dos demais descendentes. Nesse sentido, a discussão travada no Recurso Especial 999.921/PR pela Quarta Turma. ALBERTO JÚNIOR VELOSO³⁴⁷, de igual forma, assim compreende tais negócios. Aí há equívoco, denunciado por ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR³⁴⁸. A triangulação que se faz entre o autor da herança, seu herdeiro e pessoa interposta real não configura simulação, mas fraude à lei. À partida, tem-se, na primeira alienação, contrato real, a transmitir efetivamente a propriedade, embora atrelada a transmissão ao compromisso de ajustar nova alienação, agora em favor do herdeiro favorecido.

Se corretamente concebida a fraude, seus elementos intrínsecos a põem longe da simulação. O ajuste simulatório, próprio da última figura, atua para que não se produzam todos os efeitos que viriam com o negócio simulado. A resultante da simulação, portanto, é a perda de eficácia do negócio simulado. Na fraude, como se viu, celebra-se negócio jurídico justamente para que dele venham os efeitos de praxe, se bem que pretendidos como forma oblíqua de violação à lei.

No Brasil, a fraude à lei se distingue da fraude contra credores. Aquela, prevista no já mencionado art. 166, VI, do Código Civil brasileiro, enseja a nulidade do negócio jurídico, diferentemente desta, regulada pelos arts. 158 e seguintes, mas apenas a anulabilidade do ato. Há alguma controvérsia quanto aos efeitos da fraude contra credores. A despeito da evidente opção legislativa pela anulabilidade, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR³⁴⁹ é dos que defendem uma ineficácia *sui generis* do negócio celebrado em fraude contra credores, no sentido de que os efeitos dele decorrentes não poderiam ser opostos ao credor.

De todo modo, a fraude contra credores parte também de um ajuste entre as partes celebrantes. Convenciona-se, assim, a prática de algum negócio jurídico como forma de reduzir a garantia que o patrimônio do devedor haveria de conferir a seus credores. Nesse estado de insolvência, o *consilium fraudis* haveria de impedir a realização

³⁴⁶ Da mesma forma, TARCÍSIO ALBERTO GIBOSKI, *A Simulação no Contrato de Trabalho e os seus Reflexos na Previdência Social*, p. 37, qualifica a ocorrência como simulação, sem perceber que a inexistência de divergência entre o declarado e o querido não chegaria a tanto.

³⁴⁷ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 172.

³⁴⁸ *Instituições de Direito Civil*, v. I, tomo II, p. 311.

³⁴⁹ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Dos Defeitos do Negócio Jurídico no Novo Código Civil: Fraude, Estado de Perigo e Lesão*, p. 59.

de um crédito. A toda a evidência, tais elementos estão a promover considerável aproximação entre a fraude em questão e a simulação. Ocorre que, tal como a que se faz contra a lei, a fraude contra credores enseja negócio jurídico plenamente eficaz³⁵⁰.

2.4. AS FORMAS DA SIMULAÇÃO

Imagina-se que a análise do instituto, partindo dele próprio para depois contrastá-lo a outras figuras, tenha permitido visualização apropriada da simulação. O que também se anteviu, dessa modesta investigação, foi a diversidade de formas pelas quais a simulação se apresenta no mundo dos fatos. Os fins e os meios, nem sempre lícitos, de que se valem os particulares para a satisfação de suas conveniências, produzem multidão de negócios jurídicos e de contornos indesejados aos limites impostos pela autonomia privada. A simulação, na condição de vicissitude do negócio jurídico, também se enriquece com os vários expedientes adotados pelos particulares para o afastamento de óbices indesejados, devidos ou não.

2.4.1. ANÁLISE INTRÍNSECA: A SIMULAÇÃO ABSOLUTA E A RELATIVA

Se analisada intrinsecamente a instituição, identificam-se, de logo, casos em que os indivíduos se valem da simulação para revelar ao público uma manifestação de vontade inteiramente divorciada de sua realidade interna, sem que nada daí se queira aproveitar. Há, em outro dizer, negócio jurídico somente na aparência externa, porque as partes, em conluio, previamente ajustaram a total ineficácia que o ato público prometia. Não queriam, então, relação ou ato algum, mas apenas a ilusão que externava. Na compra e venda simulada em prejuízo de credores, por exemplo, não há transferência patrimonial alguma, porque as partes jamais a quiseram efetivamente. Comparado a negócio regular, o simulado carece de consentimento quanto ao vínculo obrigacional³⁵¹, uma vez que o ajuste, na qualidade simulatório, existe só para o engodo. Nesse grau, fala-se em simulação absoluta: ao negócio jurídico simulado, ladeia-se apenas o ajuste simulatório.

Embora, para HOMERO PRATES³⁵², a gravidade da encenação, a corresponder a uma completa falta de consentimento, acarretasse a inexistência do negócio jurídico simulado,

³⁵⁰ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 59-61. A jurisprudência acompanha o entendimento. Neste sentido, a decisão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo 0009476-95.2014.4.05.0000: *na simulação, o bem alienado apenas aparenta sair do patrimônio do devedor, enquanto que, na fraude contra credores, ocorre a efetiva transmissão do direito real, com a finalidade específica de prejudicar o credor.*

³⁵¹ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 199.

³⁵² *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 24.

mais adequado é que se trate a questão no plano da validade³⁵³, se bem que com as particularidades próprias da simulação, vistas, com mais atenção, em tópico adiante³⁵⁴. Não por outro motivo, aliás, as ordens jurídicas preferem a nulidade – na maior parte delas, *sui generis* – do negócio simulado.

É de interesse o exemplo apresentado por JOSÉ BELEZA DOS SANTOS ³⁵⁵, especialmente se observada a manutenção, no Direito brasileiro, das mesmas limitações que a simulação, à época, pretendia contornar em Portugal. Diz-se do locador que, para conseguir o despejo do locatário, simula venda a terceiro, não para conferir-lhe a propriedade do imóvel, mas para atribuir-lhe legitimidade para a dita ação de despejo em condições mais favoráveis³⁵⁶. Reconhece-se, porém, a maior reiteração dos casos de transferência simulada de bens do patrimônio para prejudicar credores³⁵⁷. A venda fictícia e a doação³⁵⁸, celebradas em prejuízo de credor por meio da diminuição do patrimônio do devedor, são exemplos disso. Há, ainda, simulação absoluta em sentido contrário, de incremento do passivo, por contrato de mútuo e de hipoteca, mas com a mesma finalidade de reduzir a garantia patrimonial dos credores³⁵⁹.

Opõem-se a essa estirpe as hipóteses em que o ajuste simulatório não encobre a totalidade dos efeitos do negócio simulado ou os elimina para que outros verdadeiramente se produzam em seu lugar. Tais circunstâncias se resumem à afirmação de que, sob aquele ato público, ilusivo, oculta-se outro, efetivamente querido pelas partes. A simulação, aqui, é meramente relativa e tem importante desdobramento prático, a merecer consideração pela ordem jurídica. No todo considerado, o procedimento simulatório enseja, por meio do ajuste dos simuladores, dois negócios distintos, quais sejam, o simulado, público, e o dissimulado, interno, o primeiro a mascarar o último³⁶⁰.

Justifica tal forma de simular a tentativa de afastar regime jurídico mais gravoso a ao menos um dos simuladores. Assim, por compra e venda simulada, doa-se para impedir a colação ou a restrição da legítima; falseia-se, por meio de majoração fictícia de preço, compra e venda para afastar o exercício do direito de preferência; pelo expediente contrário, de declaração de menor preço de venda, diminui-se o imposto de transmissão.

³⁵³ Nesse sentido, ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 119.

³⁵⁴ Ver tópico 3.1.1.2.

³⁵⁵ *A Simulação em Direito Civil*, p. 265.

³⁵⁶ A Lei 8.245/91, dita de Locação, admite a denúncia do contrato de locação pelo adquirente, dando prazo só de noventa dias para a desocupação, exceto se a locação for por prazo determinado e eventual cláusula de vigência em caso de alienação houver sido averbada à matrícula do imóvel.

³⁵⁷ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 266.

³⁵⁸ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 66-68.

³⁵⁹ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 200.

³⁶⁰ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 233.

Também se vale da simulação relativa para contornar regra de ordem pública, a negar determinado resultado pretendido por um dos simuladores, do que é exemplo a doação de pais para filhos, dissimulada por compra e venda.

A distinção não é unânime. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³⁶¹ prefere a concepção unitária, a compreender a simulação sempre como um negócio apenas, mas que pode ser complexo, com dupla eficácia, uma entre os simuladores e outra perante terceiros. Assim o fez, porém, contra a orientação legal. O Código Civil português é explícito ao se referir à existência de dois negócios distintos na simulação relativa. De igual forma, o art. 167 do Código Civil de 2002, ao declarar a nulidade do simulado e a subsistência do dissimulado. Adota-se a classificação mais aceita³⁶², dualista³⁶³, mas com a ressalva de que, na simulação relativa, os dois negócios a que comumente se referem possuem diferentes graus de concretude: o da aparência, no simulado, e o da eficácia, no dissimulado.

Nessa simulação relativa, os simuladores podem ocultar a realidade de qualquer dos elementos do negócio jurídico: desde a natureza, alternando-se a categoria do negócio; passando por um dos elementos essenciais do tipo do negócio, como o preço na compra e venda; por alguma cláusula acessória; até os próprios sujeitos do ato jurídico, caso em que se fala em simulação por pessoa interposta³⁶⁴. Mas pode haver simulação relativa também nos casos em que um dos contratantes não participar do ajuste simulatório³⁶⁵. Conforme recaia sobre o objeto do negócio simulado ou sobre as pessoas que dele participam, a simulação relativa receberá a denominação de objetiva ou de subjetiva. Mais: a simulação relativa objetiva pode perceber os predicados de total ou parcial. A diferença está em que, naquela, o negócio simulado é de tipo negocial diferente do dissimulado, ao passo que, nesta, pretende-se a deturpação da convicção de terceiro só em relação a parte do conteúdo do negócio verdadeiro³⁶⁶.

Evidentemente, é da maior relevância ao presente estudo que se analisem os efeitos assim de um como de outro, bem assim a legitimidade eventualmente conferida aos partícipes e aos terceiros para pleitear a validade e a invalidade ajustadas, mas assim se fará em tópico próprio³⁶⁷.

³⁶¹ *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 584.

³⁶² Tal como reconhecido pelo próprio PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 584.

³⁶³ Não foi diferente a posição de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 80.

³⁶⁴ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 278.

³⁶⁵ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 327.

³⁶⁶ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 78.

³⁶⁷ Ver tópico 3 e suas subdivisões.

2.4.2. A VISÃO EXTERNA: A SIMULAÇÃO INOCENTE E A FRAUDULENTA

Vista mais de longe, a simulação, por sua finalidade, há de servir para enganar terceiros. Uma vez observadas as consequências que os atinjam, a simulação pode ser inocente ou fraudulenta. No primeiro caso, limitam-se os efeitos a uma simples indução à consciência do terceiro, sem que a ela se agregue dano efetivo. Os exemplos mais frequentes, já mencionados em ocasião anterior, são os do declarante que pretende ocultar o verdadeiro vulto do negócio, por modéstia ou, ao contrário, por ostentação. Mas, se a mais vão as consequências, de modo a prejudicar direitos de estranhos ao ajuste simulatório, a segunda classificação é a que corretamente se aplica.

FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA³⁶⁸, em interessante passagem, negava que a simulação absoluta e inocente ensejasse a invalidade do negócio simulado. O caso, aparentemente, seria o de inexistência de significação jurídica, como que irrelevante ao procedimento de subsunção legal, uma vez que a ineficácia total pretendida pelas partes, aliada à falta de interesse de terceiros para discutir a higidez do negócio, faria desnecessária a atuação da lei e assim não ganharia entrada no mundo jurídico. A teoria, formada sob o Código Civil de 1916, não tem lugar nenhum no atual sistema civil. Àquela época, falava-se em simulação (art. 102), mas que podia, ou não, ser considerada como defeito do negócio jurídico, conforme se verificasse intenção de prejudicar a terceiros ou de violar a lei (art. 103). Daí a construção doutrinária acerca do que se convencionou chamar de *simulação invalidante*, justamente aquela que, por sua inerente ilicitude, levava à nulidade do negócio simulado³⁶⁹. A aludida teoria da inexistência parece hígida, mas somente sob a égide do diploma anterior. Modernamente, carece-lhe o apoio legal, pois a lei não mais diferencia a simulação fraudulenta da inocente. Ainda pior é que, no regime da nulidade – não anulabilidade – admite-se a invocação do vício por qualquer interessado, no que se incluem os simuladores. Por isso é que, com essa configuração, se analisada a relação interna, só do negócio simulado, vê-se relevância jurídica também à simulação inocente. Reconhece-o, aliás, o próprio doutrinador³⁷⁰, bem acompanhado por HOMERO PRATES³⁷¹. A toda a evidência, coisa diferente é o interesse do terceiro enganado, ou mesmo a legitimidade dos simuladores para pleitear a declaração judicial da nulidade em face dele. Contudo, como se está frequentemente a prometer sempre que se depara

³⁶⁸ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 380.

³⁶⁹ LEONARDO MATTIETTO, *Negócio Jurídico Simulado*, p. 226, porém, afirma que, já à época, defendia-se a ilicitude também da simulação inocente, especialmente porque a vedação que existia contra a legitimidade de arguição dos próprios simuladores não tardou a ser flexibilizada pela doutrina (ver tópico 3.1.1).

³⁷⁰ FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 383.

³⁷¹ *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 62.

com as especificidades dos efeitos da simulação, posterga-se a investigação para tópico específico³⁷².

2.5. AS HIPÓTESES DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil Brasileiro de 2002, tal qual o anterior, de 1916, não se lançou a conceitos. Diferentemente, valeu-se do expediente de arrolar três categorias distintas para definir o instituto da simulação.

2.5.1. INTERPOSIÇÃO FICTÍCIA DE PESSOA

A primeira delas, só agora a sujeitar-se a exame, refere-se à hipótese de interposição de pessoas. Nela, por meio do ajuste simulatório, substitui-se o verdadeiro titular do direito por um titular aparente, denominado vulgarmente por testa-de-ferro ou, em denominação menos conhecida, homem-de-palha³⁷³. Por isso é que, segundo HOMERO PRATES³⁷⁴, a interposição haveria de ser sempre fictícia, feita apenas para ocultar o verdadeiro beneficiário do negócio correspondente. A essa substituição se limitaria o ajuste simulatório³⁷⁵. Claro está que assim se faz para contornar alguma restrição de algum dos simuladores ou para aproveitar a qualidade de um deles.

Com alguma facilidade se nota a dimensão do ajuste simulatório. Se, na simulação relativa objetiva, identificam-se, no *pactum simulationis*, os mesmos figurantes do negócio simulado, na interposição fictícia de pessoa, integra-o, além dos simuladores, o próprio beneficiário. Fora dessa hipótese, o negócio que se firmar apenas entre o alienante e a pessoa interposta, sem a precedência de ajuste simulatório que alcance terceiro beneficiário, pode revelar negócio fiduciário ou fraude à lei³⁷⁶, conforme o caso.

A outra possibilidade de interposição de pessoas seria a que ensejasse a participação efetiva e querida de algum intermediário, a fim de que, depois, em nova operação, de retransmissão, previamente ajustada por todos os envolvidos, finalmente se alcançasse o verdadeiro beneficiário. Mas, com essa configuração, não se preenchem todos os requisitos necessários à simulação, notadamente o da ineficácia do ato simulado. Desse modo indireto de proceder, portanto, pode resultar só negócio fiduciário³⁷⁷, já

³⁷² Ver tópico 3.1.

³⁷³ FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 378.

³⁷⁴ *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 67.

³⁷⁵ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 73-75.

³⁷⁶ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 316, qualifica a hipótese como reserva mental. Mas, em face do ajuste que entre os contratantes se firmou, o caso conforma outra figura.

³⁷⁷ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 86.

tratado em oportunidade anterior. Alternativamente, conforme exista premeditação especial de evitar a lei, a hipótese pode ser a de fraude, nos termos do já mencionado³⁷⁸ Recurso Especial 999.921/PR, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Não se olvida da possibilidade de, na prática, as figuras em questão apresentarem aparente sobreposição. Imagine-se a hipótese de compra e venda subjetivamente simulada em que, por algum motivo, o verdadeiro adquirente pretenda formalizar sua posição de proprietário e, assim, demande segunda alienação, do simulador adquirente para ele próprio. A configuração desse negócio complexo se assemelha, ao menos externamente, ao negócio indireto que caracteriza a interposição real de terceira pessoa. A diferença está em que, nesse caso proposto, o simulador adquirente jamais se viu verdadeiramente proprietário, nem para o exercício apenas do poder de disposição que vem com a propriedade. Sua posição fictícia não se destinava – não inicialmente – à celebração de um segundo negócio, a encerrar a triangulação do negócio indireto. Nessas condições, sendo só aparente, a primeira alienação continua simulada, mesmo que, depois, novo negócio se seguisse ao primeiro. A segunda venda, então, é nula por consequência da nulidade da primeira, sem possibilidade de ser admitida algum sobrestamento dos efeitos da declaração da invalidade, dada a má-fé de todos os envolvidos³⁷⁹.

2.5.2. DECLARAÇÃO NÃO VERDADEIRA

Na segunda categoria legal, arrolam-se os casos de simulação em que forem lançadas declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira. Aqui, a simulação se refere à natureza ou ao conteúdo do negócio e pode ser qualificada, conforme a extensão do engodo, em absoluta ou relativa.

2.5.3. SIMULAÇÃO DE DATA

É da tradição legislativa brasileira inserir, entre as hipóteses de simulação relativa objetiva, também a que se faria por instrumentos particulares antedatados ou pós-datados³⁸⁰. JOSÉ BELEZA DOS SANTOS³⁸¹, porém, questionava o acerto do legislador pátrio, escorado no argumento segundo o qual a data, na condição de simples afirmação de fato, não integraria o conteúdo da declaração de vontade, de jeito que a alteração

³⁷⁸ Ver tópico 2.3.4.

³⁷⁹ Ver tópico 3.1.2.

³⁸⁰ A previsão constava do rol do art. 102 do Código Civil de 1916 e foi mantida no do art. 167 do Código Civil de 2002.

³⁸¹ *A Simulação em Direito Civil*, p. 279, em nota de rodapé.

configuraria mera afirmação falsa. Sobre o tema, nada disse FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA³⁸², exceto sobre o acerto do Código Civil de 1916 em restringir a hipótese aos escritos particulares, porque os públicos que assim indicassem data divergente sofreriam de falsidade, posição, aliás, partilhada por ITAMAR GAINO³⁸³. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO³⁸⁴, por sua vez, ao tratar da simulação objetiva parcial, parece admitir a simulação nos casos de datação fictícia.

A uma primeira vista, parece mesmo idônea a posição do escritor português em relevar aquilo que, decorrente diretamente do exercício da autonomia privada, respeitar ao poder de autovinculação das partes. Nesse sentido, só o que efetivamente se referisse à regulamentação de interesses é que poderia ser tomado como declaração negocial. Ocorre que tal expediente, porque apoiado em conceito por demais restritivo da manifestação negocial, acaba por desconsiderar os inúmeros casos em que a modificação deliberada da data de um documento particular poderia ter justamente o objetivo de enganar terceiros, muito provavelmente até para causar-lhes prejuízo. Nessas condições, a data, porque aposta só com o fingimento das partes, pode ser tida como objeto da simulação, desde que, evidentemente, a ela se acompanhem os demais. Não é outra a conclusão de FRANCESCO FERRARA³⁸⁵, senão a de considerar a data também como objeto da declaração negocial, cuja premeditada modificação, com a finalidade de enganar terceiros, configura simulação.

Não se descarta integralmente a solução dada por JOSÉ BELEZA DOS SANTOS. Dúvida não há de que os casos de alteração posterior do instrumento negocial, na qual se modifiquem os sinais gráficos para fazer expressar momento diferente daquele em que objetivamente se deu a declaração, configuram falsidade material. Porém, a tais casos não se limitam as divergências de data. A eles, ladeiam-se outros, dentre os quais o de simulação, no qual se atribui às próprias partes o ajuste para a consignação, no documento correspondente, de data diferente daquela em que se celebrou o negócio.

2.6. OUTRAS HIPÓTESES DE SIMULAÇÃO

Para além das situações que foram arroladas no artigo correspondente à simulação no novo Código Civil brasileiro, outras hipóteses mereceram idêntica consideração legal. Em regra, tais ocorrências recebem carga própria do ramo do Direito

³⁸² *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 391.

³⁸³ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 79-80.

³⁸⁴ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 84.

³⁸⁵ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 282.

a que pertencem, de muitas maneiras alterando o regime simulatório geral de que aqui se trata.

2.6.1. A SIMULAÇÃO NOS NEGÓCIOS FAMILIARES

ITAMAR GAINO³⁸⁶ por mais de uma vez afirmou a impossibilidade teórica de simulação de negócio familiar. Assim ocorreria no casamento, no divórcio, na adoção e no reconhecimento de filhos, porque, em todas essas hipóteses, a formalidade que integra o ato, necessariamente a contar com a participação de autoridade pública, estaria a impedir a celebração de ato só aparente. A divergência que eventualmente fosse ajustada entre as partes não se qualificaria como simulação, nem ensejaria a invalidade do ato.

No que serviria de exemplo, o casamento, a ser celebrado observando-se inúmeras formalidades, dada sua natureza pública, de onde emanaria um *severo regime de publicidade*³⁸⁷, não dependeria só da vontade das partes. Observada a solenidade, inclusive com o aval do próprio Estado, depois de processo de processo de habilitação, o casamento valeria normalmente, qualquer que tivesse sido a vontade secreta dos nubentes³⁸⁸. Consequentemente, eventual inidoneidade da declaração negocial não serviria a invalidar o ato, tanto que nenhuma hipótese semelhante teria sido mencionada nos arts. 1.548 e 1550, que tratam das causas de invalidade. O casamento, então, teria validade até que as partes ajustassem o divórcio.

Realmente, a inexistência de precedente judicial ou corrobora a conclusão do autor ou demonstra a absoluta inexistência de interesse em praticar simuladamente algum dos negócios a que se fez menção.

Assim já não ocorre em Portugal³⁸⁹. SUSANA ANTAS VIDEIRA e JOÃO ARSÊNIO DE OLIVEIRA³⁹⁰ descrevem a restrição que faz o Conselho da União Europeia à simulação de casamento como forma de ganhar residência em Estado-membro. A Lei 23/2007, atinente aos procedimentos de entrada de estrangeiros no território português, define o casamento *de fato* como situação em que se cancela a autorização de residência dada em razão de direito ao reagrupamento familiar. Não se proibiria propriamente o casamento

³⁸⁶ A *Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 132-133.

³⁸⁷ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 133-134.

³⁸⁸ O art. 1.538 do Código Civil permite, até o momento da cerimônia, a suspensão do ato, caso um dos contraentes se recuse a afirmar sua vontade, declare coação ou mesmo seu arrependimento. Em qualquer das hipóteses, a celebração do casamento será suspensa e não poderá mais continuar no mesmo dia.

³⁸⁹ SUSANA ANTAS VIDEIRA e JOÃO ARSÊNIO DE OLIVEIRA, *Algumas Notas sobre Casamentos Simulados*, p. 136, afirmam que, mesmo em Portugal, o tema só recentemente ganhou atenção. À mesma conclusão chegou A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 139.

³⁹⁰ *Algumas Notas sobre Casamentos Simulados*, p. 131.

embasado em qualquer dos motivos arrolados pela dita lei, desde que, evidentemente, os contraentes iniciassem vida em comum. A questão só ganharia relevância jurídica quando o casamento, sendo só de fato, não formalizasse um intuito verídico de constituição de família, restando-lhe mesmo só a finalidade de dar acesso a um dos contraentes à comunidade europeia. Nessa hipótese, tal como ocorre nos negócios simulados em geral, os próprios cônjuges e eventuais prejudicados podem buscar a anulação.

Há substancial diferença de regime. Fala-se, a princípio, em anulação por falta de vontade, a admitir, inclusive, a convalidação pelo tempo. A legitimidade, mantida aos simuladores, é a do regime simulatório geral, mas, em relação aos terceiros, apenas a têm os que forem efetivamente prejudicados.

A realidade do Brasil não favorece tal espécie de simulação. Bem ao contrário, mais provável é que se encontre brasileiro como simulador-nubente em Portugal. Ainda assim, a situação não passou despercebida por ITAMAR GAINO³⁹¹. A falta de lei específica, porém, levou o citado doutrinador à conclusão segundo a qual a simulação que houvesse, só de fato, revelada pela inexistência da vida comum que segue o casamento, não bastaria a invalidar o ato solene. No Brasil, sabe-se, inexistente disposição legal como a do art. 1.635º, 'd', do Código Civil português.

2.6.2. A SIMULAÇÃO DE TESTAMENTO

Outra forma expressa de simulação prevista assim na lei brasileira como na portuguesa é a de disposição testamentária. O art. 2.200º do Código Civil lusitano sanciona tal defeito à anulabilidade, atribuindo, indiretamente³⁹², aos interessados a legitimidade para a invocação da simulação.

Não é o mesmo o regime brasileiro. Nos termos do art. 1.802 do Código Civil, são nulas as disposições testamentárias simuladas sob contratos onerosos ou por interposta pessoa. Daí se vê, então, o mesmo regime de invalidade dos negócios jurídicos em geral aplicado igualmente ao testamento. De especial, porém, que se presumam pessoas interpostas os ascendentes, descendentes, irmãos e o cônjuge do não legitimado a suceder (art. 1.802, parágrafo único).

³⁹¹ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 133-134.

³⁹² A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 142.

3. EFEITOS DA SIMULAÇÃO

3.1. A INVALIDADE DO NEGÓCIO SIMULADO

3.1.1. A EVOLUÇÃO DO REGIME SIMULATÓRIO BRASILEIRO

3.1.1.1. Os Efeitos da Simulação no Código Civil de 1916

A tradição jurídica europeia, no que serve de exemplo a posição ocupada pelo Direito português³⁹³, de sancionar à nulidade o negócio simulado, não influenciou o legislador brasileiro à época da elaboração de seu primeiro Código Civil. Na oportunidade, partindo de critérios que lhe eram próprios, o legislador desconsiderou a gravidade que a deliberada celebração de um negócio jurídico só aparente tinha no âmbito das relações interpessoais e se contentou com o tratamento oferecido pelo regime das anulabilidades.

Não se encontrou, nos poucos registros da época, nenhuma justificativa para o regime simulatório adotado. Nas discussões que antecederam o Código de 1916, a comissão elaboradora, evidentemente, tratou de algumas questões atinentes à simulação. Na 11ª reunião³⁹⁴, de 7 de maio de 1900, a comissão chegou a elaborar um regime simulatório mais detalhado, de jeito a expressamente consignar as várias consequências da simulação conforme sua qualidade intrínseca, se relativa ou se absoluta, e em função das pessoas que, de alguma maneira, nela se envolvessem, tais como os simuladores e os terceiros. Assim o fez, entretanto, de jeito a lançar mais disposições conceituais do que talvez fosse pertinente a um texto legal. No que servem de exemplo, as espécies absoluta e relativa de simulação foram expressamente definidas nos §§ 1º e 2º do art. 120 do projeto. Na reunião de 16 de agosto de 1900³⁹⁵, aliás, a comissão esboçou classificação talvez mais adequada aos efeitos dos atos jurídicos ao compendiar, numa primeira seção, apenas os vícios de vontade e, nas duas seguintes, a simulação e a fraude contra credores. O projeto, apresentado ao Congresso Nacional em 10 de novembro de 1900³⁹⁶, dessa forma distribuía os temas, ao que parece acolhendo o parecer do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil³⁹⁷. Contudo, nessas oportunidades, jamais se discutiu a pertinência de manter a simulação entre os atos anuláveis. CLOVIS BEVILACQUA, na alta condição de coordenador do projeto do primeiro Código Civil brasileiro, em sua *Teoria Geral do*

³⁹³ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 87.

³⁹⁴ *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. I, p. 369.

³⁹⁵ *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. I, p. 628.

³⁹⁶ *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. I, pp. 675-678.

³⁹⁷ *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. II, pp. 333-334.

*Direito*³⁹⁸, valorosa por outros motivos, deixou de apresentar doutrina que justificasse a escolha.

Talvez se encontre no próprio contexto legal e doutrinário da época a justificativa para a unanimidade que a posição dos efeitos da simulação teve perante a comissão elaboradora do código. Quando da independência, já se disse³⁹⁹, manteve-se a vigência das Ordenações Filipinas. Porém, no suceder das leis legitimamente brasileiras, o Regulamento 737 de 1850 estabeleceu regime próprio de nulidade, a classificar, de um lado, as nulidades de pleno direito, por sua vez absolutas ou relativas, e, de outro, as que dependessem de rescisão. A diferença conceitual estava em que as nulidades de pleno direito, estivessem ou não expressamente previstas em lei, decorriam de *manifesta preterição de solenidades, visível pelo mesmo instrumento ou por prova literal*⁴⁰⁰. A simulação, por seus próprios predicados, notadamente a premeditada disposição dos simuladores em conceber negócio jurídico aparentemente verdadeiro, não atendia os critérios que se estabeleceram para as nulidades de pleno direito. Haveria de exigir, sempre, ação, para que nela se demonstrasse a existência de um ajuste simulatório externo, a invalidar, total ou parcialmente, os efeitos que o instrumento claramente exigia que se produzissem. A higidez do sistema se manteve pelo simples processo de arrolar a simulação, no âmbito comercial, entre as nulidades dependentes de rescisão. Como é evidente, na seara civil, a simulação ainda atendia ao sistema das Ordenações Filipinas, que expressamente negava vigor aos contratos simulados. Essa clara dicotomia de tratamento à simulação foi preservada até a terceira edição da *Consolidação das Leis Cíveis*, de 1876, quando AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS optou por substituir, no art. 358, que tratava da simulação, o termo nulo por anulável. Assim o fez declaradamente⁴⁰¹ para atender o regime inaugurado no Brasil, no qual as nulidades de pleno direito seriam apenas as que não dependessem de prova outra senão a feita pelo próprio instrumento negocial. Interessante é que o mesmo autor, responsável pela supervisão da primeira tentativa de codificação da legislação civil, no art. 527 de seu *Esboço*, reposicionou a simulação entre os atos nulos. Embora o Código Civil de 1916 tenha alterado o regime das nulidades de forma a adotar o critério da gravidade do defeito⁴⁰² justamente porque já vigorava a noção do desacerto do sistema anterior⁴⁰³, à deliberação que ensejou o apartamento das

³⁹⁸ Páginas 225-227.

³⁹⁹ Ver tópico 2.1.2.

⁴⁰⁰ Art. 684, §§ 1º e 2º, do Regulamento 737/1850.

⁴⁰¹ Página 239, nota de rodapé: *São também annullaveis: Na 1ª Edição estava – são nulos –, e fiz esta mudança, porque a nulidade dos contratos simulados também depende de ação, em que a simulação seja provada – Cod. do Com. Art. 129 n. 4º, e Regul. Com. n. 737 de 25 de novembro de 1850 Art. 685.*

⁴⁰² CLOVIS BEVILACQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 257.

⁴⁰³ CLOVIS BEVILACQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 259-262, dedica tópico específico para questionar a adequação do sistema de nulidades inaugurado pelo Regulamento 737. Antes, a própria comissão elaboradora do Código Civil de 1916 já havia consignado idêntica crítica ao analisar emenda que visava

várias vicissitudes do negócio em nulidades e anulabilidades não se seguiu sequer ponderação acerca do que havia de ser dos efeitos do negócio dissimulado. O reenquadramento que antes se fizera não foi repetido no sentido inverso, mesmo com a proposta que tinha AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS em dar solução diversa à simulação⁴⁰⁴, de forma que, ao final, para a lei brasileira, permaneceu como anulável o negócio dissimulado.

Destaca-se, na doutrina da época, o acatamento à posição do legislador. HOMERO PRATES⁴⁰⁵, embora tendo reconhecido a forma excepcional conferida ao negócio simulado pelo Código Civil de 1916, não apontou os fundamentos que talvez justificassem a posição do Direito brasileiro. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA⁴⁰⁶ apoiava abertamente a opção pátria, mesmo com a já mencionada limitação do art. 104, por entender que o negócio simulado fraudulento deveria ser mantido tal como externado. Não via pertinente, portanto, a solução dualista que já se empregava em outros ordenamentos, porque o sistema se mantinha com a diferença de tratamento dado à simulação inocente e à fraudulenta. Por isso, foi além ao concluir que os figurantes, *presos ao simulacro*, teriam *pretensões, ações e exceções nascidas do ato jurídico simulado* e reconheceu, nesse mesmo sentido, a possibilidade de o terceiro lançar mão de ação constitutiva negativa, e não declaratória negativa, justamente para que se decretasse a invalidade. Mais recentemente, RENAN LOTUFO⁴⁰⁷, a propósito dos efeitos do negócio simulado tais como descritos na lei revogada, vê, na relação que teriam o ajuste simulatório e a ilegitimidade dos simuladores, expressão do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

De novo em relação aos simuladores, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA⁴⁰⁸ afirmava a legitimidade que tinham os figurantes à declaração da inexistência do negócio, desde que inocente a simulação absoluta⁴⁰⁹. A razão estava em que a simulação que não

justamente à adoção do regime do aludido Regulamento, *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. III, p. 716. Na oportunidade, a comissão assim justificou a impertinência da equiparação: *Esta indicação não pode ser aceita, porque, como ficou revelado pela discussão havida, o Regulamento 737, sendo uma de nossas leis mais providentes e melhor redigidas, tem justamente no capítulo referente às nulidades o seu ponto fraco. As distinções entre nulidades de pleno direito e dependentes de rescisão estão confusamente expostas, consagrando até princípios injustificáveis a boa doutrina jurídica.*

⁴⁰⁴ Segundo FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, pp. 401-402, aliás, o tratamento dos efeitos da simulação no Esboço teria ensejado o erro que se nota do art. 105 do Código Civil de 1916, no qual se menciona expressamente o termo nulidade.

⁴⁰⁵ *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 123.

⁴⁰⁶ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 396.

⁴⁰⁷ *Curso Avançado de Direito Civil*, p. v. I, p. 282.

⁴⁰⁸ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 401.

⁴⁰⁹ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, pp. 398-399.

se ajustasse para prejudicar terceiros era lícita, na forma do art. 103 do Código Civil de 1916.

O sistema simulatório brasileiro partia, então, desse peculiar posicionamento do negócio simulado entre as hipóteses de anulabilidade. Com isso, conferia-se aos simuladores a possibilidade, inclusive, de ratificar o negócio, dando-lhe regularidade retroativa à sua eficácia⁴¹⁰. Havia, porém, outro complicador que se agregava ao já mencionado. É que a simulação, nos moldes definidos pelo art. 104 do Código Civil de 1916, não podia ser arguida pelos próprios simuladores, quer em face uns dos outros, quer contra terceiros. Só por meio do distrato, então, os simuladores poderiam garantir a ineficácia antes ajustada. Como não poderia deixar de ser, o modelo legal não tardou a revelar sua insuficiência à solução dos casos em que se constatava simulação e, conforme as circunstâncias que gravitavam em torno do ajuste simulatório, a observância inflexível das disposições legais permitia a convalidação judicial de negócio ilícito.

Tome-se a hipótese vista no Recurso Extraordinário 63.128/SP, julgado em 8 de março de 1968, quando o Supremo Tribunal Federal ainda detinha competência para a interpretação das leis federais. Na oportunidade, reconheceu-se a nulidade de compromisso de compra e venda simulado para a ocultação de mútuo com pacto comissório. Assim, o mutuante recebeu garantia vedada pelo art. 765 do Código Civil de 1916⁴¹¹. Ocorre que, em razão das incongruências do regime, a ilegitimidade do simulador para alegar a simulação deveria impedir, ao final, que se questionasse igualmente a ilicitude do pacto comissório. Uma vez que a garantia ilícita tinha por residência o negócio dissimulado, só depois do descortinamento do ajuste simulatório, com o afastamento do negócio simulado, é que se chegaria ao pacto comissório. Consequentemente, ao menos não sem violação ao regime simulatório, o negócio simulado não poderia ser desconsiderado em ação de um dos simuladores, de forma que nela não se poderia reconhecer a nulidade do dissimulado, por qualquer causa, aí incluída a que se referisse à ilicitude do pacto comissório. Ao final, se fielmente lidas as letras da lei, o destino só poderia ser o da manutenção do negócio simulado, olvidando-se do dissimulado, ainda que nele se visse mero instrumento de fraude à lei. Entretanto, a solução dada pela Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal neste caso concreto não se ateve à trilha aberta pelo legislador. Diferentemente, ensejou a nulidade da avença não a simulação, mas a violação ao mencionado art. 765 do Código, como se os efeitos da nulidade ali prevista pudessem se destacar do negócio oculto e afetar também o simulado. Aonde não

⁴¹⁰ ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 148.

⁴¹¹ A vedação consignada no aludido artigo tinha como objeto, no texto da lei, apenas os contratos de penhor, anticrese e hipoteca. Entretanto, a jurisprudência a estende a todas as hipóteses em que se confira ao credor a possibilidade de tomar para si bens do devedor em garantia de mútuo (Recurso Especial 70.497/RS).

chegaram as razões do voto foi a via por meio da qual se operava a transcendência da nulidade de um negócio a outro sem agressão à ilegitimidade prescrita no art. 104 do diploma civil.

Semelhante situação se deu no Recurso Especial 2.216/SP⁴¹², da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, órgão judiciário criado pela Constituição Federal de 1988 justamente para a guarda das leis federais. No julgado, relatou-se a simulação, pelas próprias partes, de venda de imóvel com cláusula de retrovenda, ocultando-se empréstimo também com pacto comissório. Tal como no anterior, declarou-se a nulidade do negócio simulado por conta da proibição do art. 765 do Código. Mas aqui houve algum avanço, porque, segundo o acórdão, razões de equidade estariam a justificar a invalidação do negócio simulado e, de certa forma, a mitigar o alcance da ilegitimidade imposta aos simuladores.

De novo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 10.984/RS, reconheceu unanimemente a simulação de contrato de alienação fiduciária em garantia, alegada só na defesa de ação de busca e apreensão pelo próprio simulador. O Recurso Especial 441.903/SP, do mesmo órgão, reconheceu, uma vez mais, por unanimidade, a legitimidade do simulador em arguir a simulação. No caso, porém, justificava-o a ilicitude do negócio dissimulado, atinente que era a mútuo com juros usurários.

A toda a evidência, a manobra, em todos os casos, evitava por completo a consideração ao regime simulatório então vigente. Se aos simuladores se negava a legitimidade para a invalidação do negócio simulado, por certo que eventual causa de nulidade que afetasse só o negócio dissimulado não poderia ser acessível a essa investigação inaugurada por uma das partes. Não poderia, aliás, ser conhecida em defesa, como no precitado Recurso Especial 10.984/RS. Por outro lado, não se discute o mérito da solução jurisprudencial: sobrepõem-se, a um equivocado regime que descreve só a anulabilidade do negócio simulado e que nega legitimidade aos simuladores, a vedação da usura e do pacto comissório, bem assim a nulidade da criação de garantia sobre bem inexistente. Entretanto, a alegação genérica de equidade, em virtude da regra do art. 127 do Código de Processo Civil de 1973, não poderia justificar a revogação judicial da limitação do art. 104 do Código Civil de 1916⁴¹³, especialmente se observado que, nos

⁴¹² A partir de então, dito acórdão passou a valer como precedente a casos semelhantes. Outros Recursos Especiais que expressamente adotaram as razões deste precedente: 196.319/MS; 441.903/SP; 1.076571/SP.

⁴¹³ OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Equidade: Julgamento com Equidade e Julgamento por Equidade*, p. 225.

termos do art. 103 do mesmo diploma, a intenção de violar disposição de lei integrava o conceito de simulação.

A evolução jurisprudencial seguiu caminho adentro. No Recurso Especial 1.076.571/SP, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, diante de negócio jurídico simulado ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, declaradamente antecipando a vigência do novo Código Civil⁴¹⁴, passou a sustentar a nulidade, e não anulabilidade, do negócio simulado, notadamente nos casos em que o dissimulado violava regra legal expressa. A menção às diretrizes próprias da equidade, uma vez mais feita genericamente, não tratou de precisar de que modo se prestigiava a proibição do negócio dissimulado em detrimento da ilegitimidade dos simuladores.

3.1.1.2. A Nova Posição do Código Civil de 2002

Diferentemente, as deliberações que antecederam o novo Código Civil brasileiro trataram da questão dos efeitos da simulação. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES⁴¹⁵, Ministro do Supremo Tribunal Federal, integrante da comissão revisora, relatou o acatamento à proposta de alterar o regime simulatório anterior, de forma a expressamente sancionar o ato simulado à nulidade. Assim não ocorreu unanimemente, dada a recusa, talvez insuficiente, de ALTINO PORTUGAL SOARES PEREIRA⁴¹⁶, supostamente porque, no modelo antigo, a lei já conferiria legitimidade ao interessado para arguir a invalidação. Rejeitou-se, para o bem do sistema, a emenda nº 216, de autoria do então Deputado TANCREDO NEVES. A proposta era que se acrescesse ao texto do projeto – já na forma que depois viria a ser convolado em lei – parágrafo adicional para informar que, à nulidade que se passava a defender, sucedesse a ineficácia relativa.

Ao final dos trabalhos, a comissão elaboradora do novo código, por seu supervisor, Professor Miguel Reale, encaminhou sua exposição de motivos ao então Ministro de Estado da Justiça, não sem deixar de consignar importante alteração do regime simulatório. Nela, afirmou *a nulidade do negócio jurídico simulado, subsistindo o dissimulado, se válido for na substância e na forma*⁴¹⁷, tal como acabou sendo ao final escrito no art. 167 do Código Civil de 2002.

⁴¹⁴ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil*, v. I, tomo II, p. 306, só no período compreendido entre 1990 e 2007, foram encontrados oito julgados em que se antecipou o regime do atual Código Civil brasileiro.

⁴¹⁵ *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: Elementos Históricos da Elaboração da lei 10.406, de 2002*, v. I, p. 31.

⁴¹⁶ *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: Elementos Históricos da Elaboração da lei 10.406, de 2002*, v. I, p. 794.

⁴¹⁷ *Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado*, p. 38.

Com essa nova feição, o regime simulatório brasileiro conheceu considerável evolução⁴¹⁸ para, assim, assemelhar-se ao de outros ordenamentos jurídicos. Não se desconhece, é verdade, a carga que leva a política legislativa à empresa de categorizar os tantos vícios e defeitos quer como nulos, quer como anuláveis. O critério diferenciador, ainda escorado na relevância do vício, não deixa de compreender em si mesmo alguma liberalidade do legislador. Apesar disso, as particularidades da simulação, notadamente a deliberada pactuação de negócio aparente como instrumento de engodo, na medida em que afetam o ato em sua gênese e já prejudicam a declaração de vontade imprescindível ao exercício regular da autonomia privada, haveria mesmo de exigir resposta legal mais grave⁴¹⁹. Nesse sentido, não era lugar da simulação o capítulo que o legislador a ela reservou no Código Civil de 1916, porque ali se arrolavam também os vícios de consentimento, atrelados mais a interesses particulares⁴²⁰ e, dessa forma, tratados adequadamente só pela anulabilidade. O negócio simulado, diferentemente, qualifica-se como vício social, porque o defeito que as partes deliberadamente causam à declaração negocial perturba a confiança que, em última instância, incentiva a circulação de riqueza. Por isso, já no Código Civil de 1916, o defeito da simulação merecia invalidade que permitisse a arguição de ineficácia a qualquer interessado, inclusive aos próprios simuladores, sem convalidação pelo tempo e sem possibilidade de ratificação⁴²¹. Com essas características, existe só o sistema das nulidades.

É bom ver que o legislador não chegou aonde não deveria chegar. O tratamento que alguma doutrina dava ao regime simulatório, a considerar como juridicamente inexistentes certas configurações de negócios simulados, não está a merecer suporte. Em razão das peculiaridades do sistema anterior, que, despreocupado com a simulação inocente, nela não via defeito (art. 103 do Código Civil de 1916), FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA⁴²² negava ao negócio aparente os predicados que permitiriam seu ingresso no mundo jurídico. Assim haveria de ocorrer inclusive nos casos de simulação relativa⁴²³. Adiante foi HOMERO PRATES⁴²⁴ ao cogitar da inexistência não apenas do negócio simulado inocente, mas também do que fosse fraudulento. O próprio autor, depois, considerou a impropriedade de dessa maneira ser justificada a ineficácia do ato simulado, especialmente porque, do ajuste engendrado pelos simuladores, haveria de desprender algum efeito jurídico, ainda que não exatamente aquele próprio, efetivamente visado

⁴¹⁸ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Dos Defeitos do Negócio Jurídico no Novo Código Civil: Fraude, Estado de Perigo e Lesão*, p. 51.

⁴¹⁹ É a posição de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 320.

⁴²⁰ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil*, v. I, tomo II, p. 307.

⁴²¹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 328.

⁴²² FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 380.

⁴²³ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 384.

⁴²⁴ HOMERO PRATES, *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, pp. 123-125.

pelas partes⁴²⁵. Interessante é que, já sob a nova legislação, MARCOS BERNARDES DE MELO⁴²⁶ continua a afirmar inexistente a simulação absoluta, supostamente por falta de manifestação consciente de vontade. De todo modo, a já mencionada modificação do regime da simulação, não só por ter diretamente sancionado à nulidade o negócio aparente, mas também por redefinir seus elementos essenciais e por corretamente indicar os legitimados à impugnação, excluiu, da aludida teoria, os seus fundamentos lógico-jurídicos.

Em Portugal, à época do Código de Seabra, pareceu que ao legislador a simulação se fazia só anulável porque o art. 1.031º claramente afirmava que os negócios que fossem simuladamente celebrados podiam ser *annullados e rescindidos a todo o tempo*. Coube à doutrina, então, a correta definição dos efeitos. JOSÉ BELEZA DOS SANTOS⁴²⁷, desconfiado da competência do legislador em empregar a terminologia adequada às hipóteses legais, viu, na gravidade do defeito que a simulação ocasionava, a afetar o que para ele seria elemento essencial do negócio jurídico, os pressupostos bastantes da nulidade. Atualmente, o art. 242º, 2, do Código Civil português facilitou a labor dos doutrinadores ao diretamente prever a nulidade dos negócios jurídicos simulados.

3.1.2. A NULIDADE DO NEGÓCIO SIMULADO

Para completa definição do regime de invalidade especial com o qual se trata o defeito da simulação, parte-se da nulidade. Em princípio, o negócio jurídico absolutamente simulado é nulo. Consequentemente, as transferências patrimoniais que decorram de negócio com aquelas características, porque jamais verdadeiramente desejadas pelas partes, não se operarão juridicamente. De igual forma, a garantia que eventualmente se tenha dado em prejuízo de credores não terá eficácia, de maneira a afetar a execução que se ajuíze numa indevida continuação do fingimento. Não é lícito aos simuladores, aliás, a confirmação do negócio simulado, porque a tal pretensão se opõe a peremptoriedade da invalidade.

A nulidade do negócio simulado, quando operada em desfavor dos próprios simuladores e dos terceiros de má-fé, gera situação de plena ineficácia, a denegrir não apenas o ato aparente em si, mas toda a série que nele tiver sua origem⁴²⁸. É o que ZENO VELOSO⁴²⁹ denominou de *reação em cadeia*. Contratos acessórios, tais como os de garantia

⁴²⁵ É também a posição de ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 139, e de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 320.

⁴²⁶ *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, p. 133.

⁴²⁷ *A Simulação em Direito Civil*, p. 321.

⁴²⁸ HOMERO PRATES, *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 125.

⁴²⁹ *Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 341.

à obrigação consignada no negócio simulado, têm igualmente a validade e, conseqüentemente, a eficácia comprometidas.

Todas essas situações, revelariam incidência do princípio jurídico *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, a impedir a transferência de direitos sem titularidade⁴³⁰. As partes, então, retornam ao estado em que se encontravam antes da simulação, salvo se, por impossibilidade fática ou jurídica – esta decorrente principalmente da necessária consideração de direito de terceiros –, a reversão houver de ser operada por composição de perdas e danos⁴³¹.

FRANCESCO FERRARA ⁴³² afirmava a impossibilidade de o registro público de transferência imobiliária simulada ou de inscrição de hipoteca fictícia sanar a nulidade do contrato simulado, inclusive de maneira a prejudicar os negócios posteriores. Para tanto, escorava-se na natureza – malgrado criticável – que tinha o ato público no Direito italiano, só de publicidade. O sistema registral brasileiro, por outro lado, não se limita à simples divulgação pública da propriedade e da dinâmica que a tem por objeto. Diferentemente, nas transações imobiliárias, o registro público é da essência do ato (art. 1.227 do Código Civil de 2002). Apesar disso, a nulidade que segue a simulação do contrato, seja de transferência, seja de garantia, estende-se imediatamente ao registro público, o qual passa a sofrer idêntica sanção. Por força do art. 1.247, parágrafo único, do novo Código Civil, o cancelamento do registro permite que o proprietário reivindique o imóvel, *independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente*⁴³³. Assim, em razão do regime das invalidades, aqui com suas plenas características, o registro, embora essencial ao negócio, não convalida a simulação. Conseqüentemente, os negócios subsequentes que partam daquela nova posição jurídica inaugurada pela simulação, e o que deles for registrado, serão igualmente afetados. Há, porém, exceções, notadamente quanto aos efeitos da nulidade invocada indevidamente pelos simuladores em face de terceiros de boa-fé⁴³⁴. Em Portugal, o art. 291º do Código Civil confere efeito substantivo ao próprio registro especialmente para limitar as consequências que vêm com a invalidade negocial. Nos termos do aludido artigo, a invalidação do negócio jurídico não prejudica direitos de terceiros de boa-fé se o registro da aquisição for anterior ao da ação de nulidade ou de

⁴³⁰ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 324.

⁴³¹ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 86-88.

⁴³² *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 324-326.

⁴³³ A orientação jurisprudencial é firme nesse sentido. No Recurso Especial 62.308/SP, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade de a simples revenda do imóvel a terceiro, ainda que de boa-fé, convalidar negócio jurídico nulo. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, à época que ainda detinha a competência para a uniformização das leis federais, já havia firmado o posicionamento. No Recurso Extraordinário 91.820/RJ, a Primeira Turma reconheceu a possibilidade de reivindicação de imóvel mesmo perante terceiro, a quem caberia ressarcimento por outros meios.

⁴³⁴ O estudo mais detalhado da exceção está no tópico 3.2.

anulação, exceto se ainda não houver decorrido prazo de três anos. Nesse caso, evidentemente, a limitação, porque atinente a toda e qualquer causa de nulidade, afeta igualmente as consequências do negócio simulado.

Coincidem as consequências jurídicas comuns da nulidade em geral e a do negócio simulado também no que se refere à impossibilidade de confirmação: só por outro negócio é que as partes poderão contornar o vazio criado pelo regime simulatório, mas, nesta hipótese, só a partir daí é que os efeitos da declaração negocial haverão de encontrar resultado prático⁴³⁵.

Embora se tenha defendido a adequação da solução atualmente proposta pelos sistemas jurídicos brasileiro e português, a simulação não enseja propriamente uma nulidade do negócio simulado, ao menos não aquela típica, como bem advertem ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO⁴³⁶ e JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁴³⁷. A atipicidade, já adiantada quando da análise superficial das características da nulidade dos negócios jurídicos, decorre da necessária prevalência de outros valores mais caros ao Direito, notadamente a proteção de terceiros de boa-fé.

Por isso é que, não obstante a aludida invalidade, o negócio aparente pode produzir os efeitos que nele os simuladores enganosamente fizeram menção. Ao menos em relação a terceiros de boa-fé, o negócio simulado vale, ou pode valer. Não se trata, evidentemente, de simples legitimidade, porque, assim fosse, bastaria que algum dos legitimados manejasse a ação declaratória para que a nulidade se fizesse sentir por todos. Diferentemente, tem-se que, mesmo regularmente ajuizada a ação tendente à revelação do engano, a nulidade que daí resultar não pode impedir o desprendimento dos efeitos do negócio simulado que se direcionem a terceiros que desconheciam o ajuste. Não se estabelece, pois, a quem compete a ação judicial correspondente, mas contra quem se produzem as consequências da invalidação⁴³⁸. No dizer de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁴³⁹, as consequências da declaração da nulidade da simulação *parecem circunscrever-se às partes simuladoras e a terceiros que conheçam ou devessem conhecer a simulação*.

É tempo de reiterar de que forma o negócio nulo poderia produzir os efeitos próprios nele previstos. O fenômeno se explica pela constatação de que o negócio simulado, nulo de gênese, afetado, assim, nesse plano da nulidade, tem por inalterada, ao

⁴³⁵ HOMERO PRATES, *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 127.

⁴³⁶ *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 893.

⁴³⁷ *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 50.

⁴³⁸ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 92-93.

⁴³⁹ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 87.

menos relativamente, sua eficácia, no plano subsequente. Essa passagem do plano da validade para o da eficácia, em regra impossível, garante-se por força da proteção que merecem os terceiros de boa-fé contra o provocado engano dos simuladores

3.1.3. A LEGITIMIDADE DOS SIMULADORES

Estava no art. 104 do Código Civil de 1916 a ilegitimidade dos simuladores em alegar a simulação em litígio de um contra o outro ou contra terceiros. Em razão da imoralidade do ajuste simulatório, usuário irregular do negócio jurídico para prejudicar terceiros ou para contrariar a lei, o ordenamento reagia para constranger as partes à falsidade do negócio simulado. É bom compreender, porém, o regime simulatório da época: a simulação só se considerava defeito se praticada com esse intuito de efetivamente causar algum prejuízo a terceiros ou à lei (art. 103 do Código Civil de 1916). Fora dessas hipóteses, era tida como inocente e, nessas condições, não restringia a legitimidade do simulador para confirmar a aparência⁴⁴⁰, fosse para a total anulação do negócio e de todos seus efeitos na simulação que fosse absoluta, fosse para a só declaração da eficácia do ato dissimulado, na que fosse relativa⁴⁴¹.

A maneira como foi montado o regime simulatório no Código Civil de 1916 não tardou a demonstrar a impertinência de muitas das escolhas feita pelo legislador de então. Em sede jurisprudencial, a partir do julgamento do já mencionado Recurso Extraordinário 63.128/SP, de 1968, quando o Supremo Tribunal Federal ainda se ocupava da uniformização das leis federais, passou a ser admitida a legitimidade do simulador para invocar a aparência sempre que necessária para a invalidação de negócio dissimulado que fosse contra a lei. O posicionamento foi acatado também no Superior Tribunal de Justiça, tanto que, no aludido Recurso Especial 2.216/SP e nos demais que o seguiram, reiterou-se a legitimidade das partes simuladoras para desencobrir o negócio dissimulado que violasse a lei.

Mesmo fora da situada hipótese jurisprudencial, haveria razão para que fosse conferida também ao simulador a possibilidade de invocar a ineficácia do negócio simulado, ainda que se considerasse o princípio que veda a denúncia da própria torpeza. É que, se ambos os simuladores ajustaram a simulação de algum negócio jurídico, agiram,

⁴⁴⁰ FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 396.

⁴⁴¹ FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 400. Há, inclusive, correspondência no julgamento do Recurso Especial 243.767/MS, com a seguinte ementa: *Simulação inocente. Alegação pelos contraentes. A disposição contida no artigo 103 do Código Civil, entendida em consonância com o artigo 104, não exclui a possibilidade de a simulação inocente ser alegada por um dos contratantes. Hipótese, entretanto, em que a simulação é relativa, dissimulando-se em promessa de compra e venda o que seria dação em pagamento. Produção de efeitos como tal, não afetando o resultado da demanda.*

ambos, de modo contrário ao que determina a boa-fé. Serão justas, conseqüentemente, as sanções a que até aí se sujeitarem. O que a aplicação do aludido princípio não pode explicar é de que forma um dos simuladores pode, impunemente, passar do ajuste simulatório a que contribuíra para um locupletamento indevido, contrário àquilo que, embora indevidamente, ajustara⁴⁴².

Felizmente, o Código Civil de 2002 não repetiu a limitação do art. 104 de seu antecessor. Jurisprudência, doutrina e a própria lei cuidaram para que esse silêncio fosse interpretado de forma a conferir ampla legitimação aos simuladores para arguir a simulação, ao menos entre si. Realmente, como já mencionado, a jurisprudência há muito havia sinalizado nesse sentido, mesmo contra expressa disposição legal. De igual forma, a doutrina, a acompanhar e corroborar o precedente⁴⁴³. Por fim, acudiu tal posicionamento a própria lei. É que, à falta de norma específica a modificar, neste ponto, o regime geral de invalidade, mantém-se a regra segundo a qual as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado (art. 168 do Código Civil brasileiro). O socorro ao sistema de nulidade na falta de oposição legal expressa, aliás, está no art. 285º do Código Civil português.

Em Portugal, a legitimidade dos simuladores em arguir a nulidade não se firmou sem alguma discussão. Os artigos 1031º e 1032º do Código de Seabra se limitavam a conferir aos prejudicados a possibilidade de invalidar o negócio simulado. Não excluía, ao menos não expressamente, os simuladores. Em julgado de 10 de maio de 1950, porém, o Supremo Tribunal de Justiça⁴⁴⁴ assentou o entendimento segundo o qual uma das partes poderia anular⁴⁴⁵ o ato, demonstrando arrependimento, e, também, para evitar o locupletamento de um simulador pelo outro. Na oportunidade, considerou-se a regra do antigo art. 692 do Código Civil de Seabra, a vedar a invocação em juízo, por ambos os contraentes, de fato criminoso ou reprovado que tenham sido coniventes. Mas, ao final, julgou-se que o princípio *nemo auditur turpitudinem propriam alegans*, evidentemente consagrado na regra, não deveria obstar a possibilidade de o simulador se retratar da simulação, muito menos permitir o locupletamento do outro, que, olvidando-se da combinação pela aparência, resolvesse exigir o cumprimento do negócio.

Nos trabalhos preparatórios, o projeto de RUI DE ALARCÃO⁴⁴⁶ já constava, à partida, a posição jurisprudencial adotada, inclusive com menção expressa ao aludido processo de

⁴⁴² No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 193.

⁴⁴³ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 94-95.

⁴⁴⁴ Uniformização de Jurisprudência 053958.

⁴⁴⁵ Respeitou-se, aqui, a terminologia do Código de Seabra, embora o termo, depois, tenha sido interpretado como se nulidade fosse.

⁴⁴⁶ *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, p. 14.

uniformização de jurisprudência. A controvérsia finalmente se dissipou com o advento do Código Civil português de 1966, ao permitir, por seu art. 242º, 1, a arguição da nulidade pelos próprios simuladores entre si, mesmo no caso de simulação fraudulenta.

Manifesto é que a atual legitimidade dos simuladores encontra limites bem definidos no atual Código Civil português. Além de, no art. 242º, 1, admitir-se só a arguição pelos simuladores entre si, o que, aparentemente, já bastaria, a noção foi reafirmada no art. 243º, 1, agora a dispor sobre a inoponibilidade da simulação a terceiros de boa-fé.

Não existe, no Código Civil brasileiro, vedação com esses exatos termos. Apenas se ressalvam genericamente os direitos de terceiros de boa-fé em face dos simuladores (art. 167, § 2º). Essa inoponibilidade⁴⁴⁷, bem presente na legislação portuguesa (art. 243º), no Brasil, não necessariamente há de vir das normas que compõem o regime simulatório. Bem ao contrário, a doutrina⁴⁴⁸ admite a intervenção de princípios gerais do direito, especialmente o que veda o aproveitamento da própria torpeza, e de orientações legais mais amplas, tais como a que exige a boa-fé objetiva dos contratantes (art. 422 do Código Civil de 2002).

3.1.4. A LEGITIMIDADE DOS TERCEIROS

3.1.4.1. Os Terceiros

Por exclusão é que se definem quem são os terceiros: os que não estiverem compreendidos no conceito de parte do negócio simulado, a rigor, qualificam-se como terceiros aos quais se dirige a proteção legal. A partir daí, porém, o conceito se estende para alcançar também quem eventualmente represente as partes simuladoras⁴⁴⁹, e bem assim os que as sucedam a título universal⁴⁵⁰. No que se refere especificamente aos herdeiros, a regra é a de que sejam mesmo considerados, em ficção legal, como sucessores da própria posição da parte. Consequentemente, as faculdades e as limitações conferidas e opostas às próprias partes se identificam às de seus sucessores universais. A exceção está na hipótese de os herdeiros defenderem interesse próprio⁴⁵¹, como no caso dos legitimários que pretendam anular negócios simulados que os prejudiquem (art. 242º, 2, do Código Civil português). No caso, atua a própria existência de prejuízo a apartar a

⁴⁴⁷ A questão será mais bem desenvolvida no tópico 3.2.1.

⁴⁴⁸ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 98-99.

⁴⁴⁹ HOMERO PRATES, *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 209.

⁴⁵⁰ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 361.

⁴⁵¹ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 95, e JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 28.

posição dos herdeiros da do simulador ⁴⁵² . Os sucessores a título particular, evidentemente, atuam em nome próprio.

Manifesto é que, fora do negócio simulado, como terceiro, portanto, está o mundo. A conexão ao negócio simulado, à época do Código Civil de 1916, como se verá ainda neste tópico, dava-se pela demonstração de prejuízo. Mas alguma doutrina⁴⁵³ diferenciava, sem fundamento legal, os terceiros com relação jurídica paralela estabelecida com algum dos simuladores e os que eventualmente sucedessem, a título singular, qualquer das partes originais do negócio simulado. Evidentemente, a lei não ditava tal diferenciação. O prejudicado, quer o que já tivesse alguma relação com as partes, quer o que sucedesse qualquer delas, tinha, evidentemente, pretensão acobertada pelo Direito. Atualmente, dado o novo sistema simulatório, não mais limitado ao prejuízo da simulação fraudulenta, toma-lhe o posto a noção de interesse, exatamente o que regula a legitimidade no regime genérico da nulidade. Talvez por essa razão, aliás, não se tenha tentado categorizar os terceiros em subclasses para conferir a apenas algumas delas a legitimidade para a invocação da simulação. Em Portugal, o Código Civil é expresso (art. 605º).

3.1.4.2. A Noção de Prejuízo

Já se adiantou a forma pela qual os Códigos de 1916 e de 2002 trataram da legitimidade dos terceiros em demandar a nulidade do negócio simulado⁴⁵⁴. Em razão do regime simulatório da lei antiga, a considerar defeito apenas a simulação que fosse fraudulenta, atribuíam-se ao *terceiro lesado pela simulação* (art. 105) a legitimidade para a anulação do negócio⁴⁵⁵ ou, conforme a hipótese, a manutenção de seus efeitos (art. 104, contra os simuladores). Dessa forma, outorgava-se a legitimidade ao terceiro que logo demonstrasse o prejuízo que os simuladores lhe impuseram.

A doutrina da época apurou adequadamente os termos estabelecedores da legitimação. A menção a prejuízo estava a exigir mais do que o interesse econômico ou moral que, via de regra, segundo o Código Civil (art. 76) e o de Processo (art. 3º), legitimava o ajuizamento de ação judicial. HOMERO PRATES⁴⁵⁶, por exemplo, entregava a faculdade do exercício desse direito público subjetivo de invocar a tutela jurisdicional para assim descortinar a simulação apenas a quem fosse titular de direito existente, regularmente constituído, que pudesse ser lesado com a conservação do ato simulado.

⁴⁵² Ver, quanto à legitimidade dos herdeiros, o tópico 3.1.6.

⁴⁵³ Citada por HOMERO PRATES, *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 210.

⁴⁵⁴ Ver tópico 2.2.4.

⁴⁵⁵ No Recurso Especial 794.940/DF, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça confirmou a legitimidade de terceiro de boa-fé em pleitear a invalidade de contrato de compra e venda de imóvel simulado para frustrar a execução de prévio compromisso de compra e venda do mesmo bem.

⁴⁵⁶ *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 209.

FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA⁴⁵⁷ explicita a legitimidade também no caso de simples ameaça de lesão.

O Recurso Especial 52.221/SP, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, aliás, dá a noção que a jurisprudência tinha acerca das limitações que sofria a legitimação do terceiro àquele tempo. No caso, o locatário, regularmente notificado, deixou de exercer seu direito de preferência à aquisição do imóvel locado e, depois, ajuizou ação de indenização ao descobrir venda por valor substancialmente inferior. Na instância ordinária, revelou-se que, em verdade, o imóvel tinha sido alienado pelo exato preço informado ao locatário, sendo simulado o preço consignado na escritura pública de compra e venda só por questão tributária. O recurso de apelação manteve a decisão de piso, afirmando – e há aqui correspondência ao que vem decidindo o Supremo Tribunal de Justiça português⁴⁵⁸ – a impertinência do exercício da preferência pelo preço fictício⁴⁵⁹. Já na instância especial, o Relator, Ministro Edson Vidigal, resolveu pelo provimento do recurso, especialmente sob o fundamento da impossibilidade de o simulador alegar sua própria torpeza, incorrendo, assim, na proibição do art. 104 do Código Civil de 1916. O voto-vista, do Ministro José Dantas, abriu a divergência que depois sairia vencedora. Afirmou que a simulação, no que fosse torpe, nada dizia ao locatário⁴⁶⁰, que não tinha manifestado interesse na aquisição do imóvel no prazo legal, mas ao fisco. Assim, porque não houvera prejuízo concreto ao locatário, faltava-lhe legitimidade para a desconstituição da simulação.

3.1.4.3. O Interesse como Novo Critério de Legitimação

Os significados não devem andar trocados, sob pena de limitação ou alargamento excessivos. O termo interesse tem sua própria significação e não deve levar a interpretação que exija a própria existência de direito, de prejuízo, nem conduzir a que se admita a legitimidade de qualquer pessoa⁴⁶¹. Com a equiparação, no Direito positivo brasileiro, da simulação inocente e da fraudulenta, ao menos no que toca à relevância jurídica e à invalidação correspondente, não só o terceiro prejudicado tem ação contra os simuladores, mas também qualquer outro interessado na declaração⁴⁶². E interesse, no

⁴⁵⁷ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, p. 407.

⁴⁵⁸ Recurso de Revista 1022/12.4TBCNT.C1S1, do Supremo Tribunal de Justiça.

⁴⁵⁹ A situação pareceu tão evidente ao Desembargador Relator que, ao indagar a si mesmo sobre eventual direito do locatário em exercer a preferência pelo preço fictício, respondeu ele próprio: *Nem em nome de Deus Padre*.

⁴⁶⁰ Interessante é que, com o mesmo argumento, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 195, com base no Direito português atual, a descrever figura simulatória substancialmente diversa da do Código Civil de 1916, negou que o direito de preferência fosse exercido com base no preço simulado.

⁴⁶¹ ZENO VELOSO, *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 156, dá exemplo da oposição dos impedimentos matrimoniais, passíveis de alegação por qualquer pessoa.

⁴⁶² É o entendimento de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, p. 80.

sentido de conferir vantagem ou benefício, pode expressar qualquer situação de utilidade econômica ou moral, a ser considerada, inclusive, no âmbito processual (art. 17 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015)⁴⁶³.

No Recurso Especial 1.424.617/RJ, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cassando as decisões proferidas nas instâncias ordinárias, reconheceu a legitimidade do nu-proprietário de quotas sociais de *holding* familiar para pleitear a nulidade de ato societário praticado por pessoa jurídica que integrava o grupo econômico. Embora mais de um argumento houvesse sido ventilado no voto vencedor, também se reconheceu o mero interesse como suficiente à alegação de invalidade.

O art. 242º do Código Civil português, ao tratar da legitimidade para arguir a simulação, remete, inicialmente, à regra do sistema geral das nulidades, lançada no art. 286º do mesmo diploma. Nele, vinculam-se legitimidade e interesse. Sobre a questão, JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁴⁶⁴ afirma a legitimidade a *qualquer pessoa cuja situação jurídica possa ser afetada de algum modo pelo negócio nulo*. A conclusão do precitado autor se aproxima daquela a que chegou A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁴⁶⁵, no sentido de que não seria necessária, à legitimidade, a demonstração da existência de um direito, mas a de interesse, a ser averiguado no caso concreto. Nisso se incluíam os poderes, faculdades, expectativas ou exceções. O exemplo de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁴⁶⁶ é de interesse: para impedir o exercício do direito de preferência de terceira pessoa, dois simuladores podem ajustar uma doação fictícia, hipótese a excluir tal direito, tanto como podem ajustar venda real por preço fictício, mais elevado, que não excluiria propriamente o direito de preferência *no plano da sua existência jurídica*, mas que impediria sua realização prática. As duas hipóteses revelam faces distintas do interesse legitimador da invocação da simulação.

O regime geral pode dar lugar a algumas concessões ditadas pelas particularidades do negócio celebrado. Assim, nos negócios familiares, persiste o prejuízo – e não o mero interesse – ainda como critério de legitimação do terceiro na hipótese de casamento simulado, já mencionado em tópico específico⁴⁶⁷.

Imagina-se bem assentada a legitimidade que tem o terceiro interessado para o reconhecimento da nulidade do negócio simulado. Pode ocorrer, por outro lado, que o interesse de terceiro mais diretamente se proteja por meio da manutenção dos efeitos do

⁴⁶³ ZENO VELOSO, *Invalidade do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, p. 156.

⁴⁶⁴ *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 104.

⁴⁶⁵ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 90.

⁴⁶⁶ *Estudos sobre a Simulação*, p. 79.

⁴⁶⁷ Ver tópico 2.6.1.

ato aparente. O exemplo de ALBERTO JÚNIOR VELOSO⁴⁶⁸ ajuda a apartar uma situação da outra: na compra e venda simulada, o terceiro adquirente, que nada sabia sobre a negociação só aparente do bem, tem legítimo interesse em que se reconheçam os efeitos próprios do negócio simulado. Neste momento, afirma-se – talvez desnecessariamente, dada a evidência da hipótese – apenas a legitimidade do terceiro em buscar também o afastamento das consequências jurídicas da declaração de nulidade, porque as condições em que se exercita tal faculdade serão analisadas oportunamente, quando do estudo da inoponibilidade da nulidade em face de terceiros de boa-fé⁴⁶⁹.

3.1.4.4. A Prescindível Boa-Fé

É de relevo a análise pormenorizada do caso retratado no Recurso Especial 918.643/RS, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O marido, já em terceiras núpcias, gravada pelo regime de separação de patrimônio, simulava a aquisição de bens à terceira esposa, com o conhecimento dos filhos que tinha com a primeira, para assim escapar à partilha que devia à segunda. O ajuste simulatório, levado, inclusive, ao conhecimento dos filhos do primeiro casamento, supostamente incluía o compromisso de os bens retornarem formalmente ao patrimônio do marido depois de resolvida a partilha dos bens do segundo casamento. Com a morte do marido antes do cumprimento da promessa, os filhos do primeiro casamento ajuizaram ação visando à invalidação do negócio simulado. O acórdão, embasado nas regras ainda do Código Civil de 1916, foi no sentido de que o conhecimento dos filhos do primeiro casamento acerca da simulação não impediu a lesão que se seguiu à morte do marido, que não pôde devolver ao seu patrimônio os bens que entregara à terceira esposa. Em suma, viu, no prejuízo dos filhos, a causa de legitimação do art. 105 do Código. Mas restou vencido o relator, que votara pela confirmação das decisões prolatadas nas instâncias inferiores, no sentido de que os filhos, tendo tido conhecimento da simulação, que, inclusive, visava a beneficiá-los, careceriam de boa-fé para argui-la.

As circunstâncias do aludido Recurso Especial exigem que se considerem e que se revisitem alguns conceitos e elementos do procedimento simulatório. Inicialmente, indaga-se a condição do particular que, tal como no caso concreto, não sendo formalmente parte em um determinado negócio simulado, sabe do vício que o macula e dele pretende se aproveitar futuramente, em negócio sucessivo, real. De logo, adianta-se a resposta no sentido de que, embora conhecesse da simulação, e mesmo se tivesse até prestado seu auxílio na elaboração da aparência, continua o particular com a simples qualidade de

⁴⁶⁸ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 150.

⁴⁶⁹ Ver tópico 3.2.

terceiro. De má-fé, mas terceiro. É que o negócio jurídico se montou das manifestações negociais só dos efetivos celebrantes, de forma que eventual participação de outras pessoas, quer na premeditação, quer na instrumentalização, confina-se a lugar que lhe é estranho. Além disso, a participação dos terceiros não era essencial à configuração do ajuste simulatório, tanto que foi celebrado por outras pessoas. Sob outra perspectiva, em nada influencia a posição adotada a circunstância de o partícipe projetar a possibilidade de aproveitar os efeitos jurídicos do negócio simulado em um negócio sucessivo. Nessa hipótese, o segundo trato poderá ser verdadeiro ou simulado, mas assim o será conforme seus próprios elementos e circunstâncias. Evidentemente, mesmo sendo real, fica o negócio sucessivo atrelado à sorte do simulado: assim que declarada a nulidade do simulado, cai o posterior, embora verdadeiro, tanto mais se confirmada a má-fé.

Há mais a ser tirado daquele julgado. Uma vez estabelecida a condição dos recorrentes como terceiros em relação ao negócio simulado, impõe-se estabelecer os exatos limites impostos à sua legitimação para a invalidação do negócio simulado. O Código Civil de 1916 não vinculava a legitimidade do terceiro a mais do que a prova do prejuízo ou da ameaça dele. É dizer: ao menos não textualmente, a legitimidade do terceiro não dependia de sua boa-fé. O que, à partida, implica alguma investigação é a omissão do legislador. O conceito de boa-fé há muito não lhe era estranho, tanto que, em inúmeras passagens⁴⁷⁰, modulou os efeitos de eventuais invalidades conforme a posição subjetiva dos envolvidos. Talvez tenha sido da lei a presunção segundo a qual o terceiro lesado haveria sempre de ter boa-fé, porque, do contrário, com o conhecimento do ajuste ensaiado, não haveria de aderir a simulação que lhe prejudicasse. Nesses termos, a prova do prejuízo seria também a da boa-fé. Mas a premissa aí seria equivocada, como está o próprio caso concreto a denunciar.

Evidentemente, tinha o legislador a noção da existência de inúmeras variáveis capazes de impedir ou de modificar substancialmente os efeitos jurídicos e fáticos que a simulação poderia deflagrar. Então, não seria difícil conceber, ainda que abstratamente, a possibilidade de terceiro com conhecimento da simulação, surpreendido de alguma forma por algum fato superveniente, resolver pleitear a invalidação do negócio. Aliás, o próprio regime geral de invalidades já havia deixado de exigir mais do que a simples demonstração de interesse para a legitimação de terceiro (arts. 146 e 152 do Código Civil

⁴⁷⁰ Como, por exemplo, ao definir os efeitos do casamento inválido (art. 221); ao tratar dos frutos (art. 510), da responsabilidade por deterioração (art. 514), da indenização das benfeitorias (art. 516), na posse; a definir o proprietário das construções e das plantações (art. 549); ao estabelecer os períodos de usucapião (art. 550); ao regular a especificação de matéria alheia (art. 611); aos efeitos da tradição por quem não era titular da coisa (art. 622); ao tratar do pagamento a credor putativo (art. 935); ao limitar as perdas e danos à alienação indevida de imóvel (art. 968); ao definir as exceções à cessão de crédito (art. 1.072); entre outras.

de 1916). O silêncio da lei, então, deve ser compreendido de forma a não considerar, como requisito da legitimidade do terceiro, o desconhecimento do ajuste simulatório.

O entendimento desposado, semelhante à solução judicial, é no sentido de reconhecer a legitimidade dos terceiros, ainda que, à época da formação do negócio simulado, soubessem do vício da declaração e a ele anuísem, visando a alguma vantagem. O mérito dessa solução é o de filiar-se à nova figura da simulação. O sistema simulatório brasileiro montado pelo Código Civil de 2002, a exemplo do diploma português, nada menciona acerca do conhecimento do terceiro. Mas a consequência que impõe à simulação, de nulidade do negócio, a ser oposta inclusive pelas próprias partes, obsta qualquer tentativa de exigir do terceiro qualidade que é dispensada aos próprios simuladores. Nesse sentido é a lição de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁴⁷¹ e de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁴⁷².

O sistema simulatório inaugurado pelo atual Código Civil brasileiro exigiu considerável alteração da circunstância pela qual se outorga legitimidade aos terceiros em geral. A qualidade que distingue o terceiro com pretensão de revelar judicialmente a simulação passou a ser a do regime comum de nulidade: segundo a regra do art. 168 do atual Código Civil brasileiro, só ao interessado se dá legitimidade para alegar a nulidade. Semelhantemente, o Código Civil português conduz a legitimidade dos terceiros ao regime comum da nulidade (art. 242º, 1, combinado com art. 286º). Ambos tratam, é verdade, da boa-fé do terceiro, mas apenas como requisito à inoponibilidade da simulação pelos próprios simuladores. Diz-se, então, com acerto, a desvinculação textual dos diplomas brasileiro e português acerca de eventual exigência de boa-fé à invocação da nulidade por terceiro.

3.1.5. A LEGITIMIDADE DO CREDOR

Ao tratar da garantia geral das obrigações, o Código Civil português atribui legitimidade ao credor para buscar a nulidade dos negócios jurídicos do devedor. Não está nisso, entretanto, a relevância do art. 605º – até esse ponto, a rigor, compreendido no art. 286º do mesmo diploma⁴⁷³ –, mas na definição de um regime de proteção mais elevado. Na justa tarefa de impedir o esvaziamento patrimonial como forma de impedir a satisfação de direitos, o legislador lusitano não limita a legitimidade do credor àqueles negócios jurídicos celebrados em momento posterior à constituição do crédito. Mesmo os anteriores podem ser objeto de impugnação pelo credor. De igual forma, não se faz

⁴⁷¹ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 107.

⁴⁷² *Estudos sobre a Simulação*, p. 82.

⁴⁷³ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, p. 92.

necessário que o negócio nulo produza a insolvência do devedor⁴⁷⁴. Entretanto, RUI DE ALARCÃO⁴⁷⁵, à época da elaboração do Código Civil, já vinculava tal legitimidade à existência de um interesse concreto, mais do que aquele que a simples posição de credor haveria de conferir. Agora nos termos do art. 605º, 2, a declaração da nulidade não necessariamente aproveita ao credor que houver ajuizado a ação. Diferentemente, o desfazimento do negócio faz o bem ou o direito retornar ao patrimônio do devedor e lá servirá a todos os eventuais credores, conforme a preferência que suas posições lhes outorgarem⁴⁷⁶.

Óbvio é que, com esses contornos, a legitimação do credor para a invocação da nulidade de algum ato jurídico praticado pelo devedor é a mais ampla possível. Defende-se, com razão, que só a diminuição patrimonial do simulador já justificaria o interesse legitimador do credor. Dessa maneira, não só se aumenta substancialmente o campo de investigação do credor como também se limitam as exceções de que o devedor poderá dispor caso pretenda a manutenção do ato. Sob a ótica processual, portanto, a ação declaratória tem seu foco dirigido mais ao ato em si do que as consequências que dele podem ter advindo.

Não há, no Brasil, norma a conferir especificamente ao credor a legitimidade para arguir a simulação ou outras nulidades, nem a conferir-lhe regime mais facilitado de conservação da garantia patrimonial. Entretanto, no art. 168 do Código Civil de 2002, fica patente a legitimidade do credor em buscar a nulidade de algum negócio simulado que de alguma forma reduza o patrimônio do devedor. Dúvida não há do interesse do credor em ver reintegrado ao patrimônio do devedor determinado bem ou direito que pudesse garantir seu crédito. Embora não esteja na lei brasileira, com todas as letras, a possibilidade de o credor buscar a invalidação de negócio pretérito, ou mesmo de negócio que não tenha acarretado a insolvência do devedor, a mesma função exerce o art. 168 do diploma civil, ao contentar-se com a demonstração de interesse por parte do terceiro. Do contrário, sem tal flexibilidade, mais pertinente seria a simples arguição de fraude à execução, descrita no art. 792 do novo Código de Processo Civil, cuja ineficácia se reconhece nos próprios autos da expropriatória, escorada só em elementos de natureza objetiva.

ITAMAR GAINO⁴⁷⁷ trata também dos credores interessados não na invalidação, mas na manutenção do negócio simulado. A hipótese que imediatamente vem à mente é a de

⁴⁷⁴ Segundo LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, p. 93, na vigência do Código de Seabra, alguma doutrina vinculava o interesse do credor à demonstração da insolvência do simulador.

⁴⁷⁵ *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, p. 15.

⁴⁷⁶ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 96.

⁴⁷⁷ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 101-102.

simulação absoluta de contrato de compra e venda, cuja tradição, embora aparente, interessa ao credor do simulador-adquirente para a garantia de seu próprio crédito. A legitimação do credor, a manutenção do negócio simulado e os conflitos que eventualmente ocorram, porém, encontram tratamento só pelas regras gerais da simulação, dada a inexistência de previsão específica mesmo no Direito português.

3.1.6. A LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS

Recentemente se afirmou a posição que normalmente ocupam os terceiros perante os negócios simulados celebrados pelo autor da herança, embora se ressalvasse a possibilidade de defenderem direito próprio⁴⁷⁸. A questão, porém, não se esgotou, justamente para que, nesta oportunidade, dada a pertinência temática, mais se dissesse sobre os herdeiros.

Releva voltar ao art. 242º, 2, do Código Civil português, responsável por conferir ao herdeiro legitimário a legitimidade para arguir a simulação ainda em vida do autor da sucessão, desde que se revele, com o ato aparente, o intuito de o prejudicar. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁴⁷⁹, ao anotar o alcance do aludido dispositivo, defende a necessidade de que se constate não apenas o prejuízo aos herdeiros, mas também a intenção, ou ao menos negligência, do autor da herança. Ainda segundo o aludido autor, com o falecimento, a posição dos legitimários se assemelha à dos demais herdeiros, ao menos no que se refere à observância dos regimes gerais de nulidade e da simulação.

Para além dessa legitimidade dos legitimários, a configuração de eventual simulação, feita ainda em vida do autor da herança, também a acarretar prejuízo a direito sucessório, confere legitimidade ao herdeiro, nessa exata condição, depois de aberta a sucessão, na condição de terceiro⁴⁸⁰. Evidentemente, conforme a hipótese, ainda que nele não se visse qualidade de terceiro, poderia o herdeiro demandar a declaração da simulação na mesma medida em que o próprio simulador poderia fazer.

O Direito brasileiro sistematizou a proteção dos herdeiros necessários por meio de ferramentas cujo funcionamento pode ocorrer antes ou depois da morte do autor da herança. Assim, a doação inoficiosa (art. 549 do Código Civil de 2002) pode ser questionada no momento de sua celebração ou depois do falecimento do doador⁴⁸¹, mas

⁴⁷⁸ Ver 3.1.4.1.

⁴⁷⁹ *Da Simulação no Direito Civil*, pp. 92-93.

⁴⁸⁰ Nesse sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, p. 78. O Supremo Tribunal de Justiça, em 14 de janeiro de 2014 (Processo 47/11.1TBMDA.C1.S1), expressamente declarou a legitimidade do herdeiro, depois da morte do autor da herança, para invocar a simulação. Na hipótese, a venda simulada ocultava grave pretensão de deserdação dos filhos legítimos.

⁴⁸¹ ARNALDO RIZZARDO, *Direito das Sucessões*, p. 466.

a colação, feita por herdeiro donatário (art. 2.002), evidentemente, ocorre só quando já aberta a sucessão, tal como a redução das disposições testamentárias, esta última em razão da possibilidade de redução até o último dia da vida do autor. Tal como em Portugal, no Brasil persiste a mesma possibilidade de o herdeiro, em posição própria, buscar a defesa de direito sucessório seu pela declaração da invalidade de negócio simulado que prejudique sua legítima. De resto, os que eventualmente forem qualificados como herdeiros ou legatários em testamento não podem invocar a simulação ainda em vida do autor da herança. Uma vez que, a qualquer momento, o autor pode revogar a disposição testamentária, os pretensos herdeiros e legatários terão só expectativa de direito que não se amolda ao interesse legitimador⁴⁸².

3.1.7. O RECONHECIMENTO OFICIOSO

A nulidade com a qual se responde à simulação admite a arguição inclusive pelo próprio simulador, como antes se afirmou⁴⁸³. Os terceiros, quaisquer que sejam, desde que demonstrem interesse, podem igualmente denunciar o defeito da declaração negocial⁴⁸⁴. Há controvérsia, contudo, sobre a pertinência de seguir-se o regime geral das nulidades também no que se refere à possibilidade de o próprio juiz declarar a invalidade oficiosamente, sem provocação direta. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁴⁸⁵ se filia à negativa. Segundo o professor, a justificativa estaria em que, do contrário, poderia ser esvaziada a *proteção devida aos terceiros de boa-fé*. No Brasil, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, NELSON NERY JUNIOR⁴⁸⁶ e CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁴⁸⁷ não adotam semelhante restrição: à simulação, aplicar-se-ia a orientação geral das nulidades.

Não há, no ordenamento, norma expressa a limitar o pronunciamento judicial oficioso. A exceção ao regime geral de nulidades, como adiante se detalhará⁴⁸⁸, limita-se ao terceiro de boa-fé, e apenas no confronto com o simulador. De outra banda, é notório que a representação doutrinária e jurisprudencial de um determinado ordenamento pode considerar a existência de regras implícitas, formadas mais da consideração sistemática da lei e dos próprios princípios que a informam do que do labor direto do legislador. Nesse sentido, aliás, parece ser a justificativa do eminente professor português. Mesmo assim, a justificativa desposada, atinente a um provável esvaziamento da proteção de terceiros, não parece titular de força bastante para resistir à aplicação mais ampla do regime geral

⁴⁸² JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 36.

⁴⁸³ Ver tópico 3.1.3.

⁴⁸⁴ Ver tópico 3.1.4.

⁴⁸⁵ *Tratado de Direito Civil II: Parte Geral: Negócio Jurídico*, p. 893.

⁴⁸⁶ *Instituições de Direito Civil*, v. I, tomo II, p. 293.

⁴⁸⁷ *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*, p. 467.

⁴⁸⁸ Ver tópico 3.2.5.

de nulidade. Realmente, a gravidade do vício da declaração negocial, porque a afetar interesses que não se constroem à esfera individual das partes envolvidas, não se trata só com a anulabilidade, nem com nulidade mutilada. Disso serve o testemunho da evolução histórica da simulação no Brasil. A fraca resposta da anulabilidade fez com que, no âmbito judicial e no doutrinário, a vigência do novo regime fosse antecipada em praticamente uma década. Nesse sentido, se a própria qualidade do interesse envolvido exigiu que se lançasse à simulação resposta mais firme, só possível com a nulidade do ato, a interpretação da lei não pode considerar interesses particulares para restringir os efeitos do nulo. A prevalência dos interesses do agrupamento, portanto, continua a existir também para evitar interpretação que vise a sua equiparação aos dos que eventualmente se envolverem no negócio simulado. Ademais disso, não se está seguro da relação de causalidade presente na justificativa. Evidentemente, por ordem legal (art. 167, § 2º, do Código Civil brasileiro, correspondente ao art. 243º, 1, do português), na ação iniciada por qualquer dos simuladores, ou mesmo de ambos, contra terceiro de boa-fé, nenhum pronunciamento existirá de ofício. A inoponibilidade assim há de garantir. Em ação diversa, apenas entre os simuladores, por exemplo, a simulação, sendo nula, poderá ser conhecida, por provocação ou oficiosamente. Nessa hipótese, cabe ao terceiro eventualmente prejudicado os meios ordinários.

O Supremo Tribunal de Justiça português já reconheceu a possibilidade do reconhecimento oficioso da simulação⁴⁸⁹. De igual forma já deliberou o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, depois seguido das instâncias inferiores⁴⁹⁰.

3.2. A SIMULAÇÃO E A PROTEÇÃO DOS TERCEIROS

FRANCESCO FERRARA⁴⁹¹, tendo analisado a evolução histórica da proteção que a boa-fé tem merecido nos mais variados ordenamentos, concluiu ser unânime o princípio do respeito aos terceiros contra as *maquinações e insídias das partes*. A relevância que tem o negócio jurídico ao funcionamento e à manutenção do agrupamento social estaria a

⁴⁸⁹ Acórdão de 09 de outubro de 2003 e de 25 de março de 2010.

⁴⁹⁰ Os Recursos Especiais 651.228/MG e 1.195.615/TO revelam o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Nas instâncias ordinárias, ressalta-se o posicionamento, nesse mesmo sentido, dos Tribunais de Santa Catarina (Apelação Cível 2014.043969-9), Minas Gerais (Agravado de Instrumento 1.0452.11.004660-7/001).

⁴⁹¹ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 343.

exigir garantia adicional à firmeza das relações jurídicas⁴⁹², ainda que em detrimento de interesses individuais.

De certa forma, confirma a existência desse princípio de proteção à boa-fé a concordância que tinham os defensores das teorias declarativa e volitiva ⁴⁹³. Aos primeiros, a noção era evidente e provava a preponderância da declaração. Mas, aos segundos, dada a preferência que tinham à vontade interna, admitir a exceção só demonstrava a tendência que naturalmente se tem de proteger aquele que confiou na seriedade da declaração.

De todo modo, bem disse LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁴⁹⁴, tais teorias, vinculadas ao declaratório, só indiretamente podem proteger terceiros, e mesmo assim, casos há em que não os protegem. Justifica-se, então, a estipulação de um regime de proteção especial, a considerar as particularidades da simulação, notadamente quanto à influência que tem perante interesses de terceiros.

3.2.1. A INOPONIBILIDADE

Decorre desse natural instituto de proteção a terceiros a modulação das consequências jurídicas da nulidade do negócio simulado. A invalidade total, claramente adequada às partes simuladoras, já desperta preocupação se considerados seus efeitos perante terceiros que desconheçam o engodo. Foi pela manutenção desse estado de aparências, embora só relativamente a determinadas pessoas, que se equalizaram algumas⁴⁹⁵ das pretensões dos que se viram afetados pelo procedimento simulatório. Bem disse ITAMAR GAINO⁴⁹⁶ não se tratar propriamente da incidência de um regime de nulidade relativa aos terceiros de boa-fé, mas a uma inoponibilidade da nulidade⁴⁹⁷, no sentido de imunizar os ignorantes das consequências jurídicas da invalidação⁴⁹⁸.

⁴⁹² A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 97, aliás, entende a modulação do regime de nulidades, quando aplicado à simulação, como forma de impedir a utilização indevida dos mecanismos do comércio em detrimento de terceiros.

⁴⁹³ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 344.

⁴⁹⁴ *Estudos sobre a Simulação*, pp. 104-105.

⁴⁹⁵ Só algumas, frise-se, para não merecer a crítica que LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, p. 105, fez à teoria da aparência, justamente quanto à sua insuficiência em justificar por que motivos se estaria a proteger o credor que, no momento da constituição de seu crédito, desconhecia a existência da simulação

⁴⁹⁶ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 93-94.

⁴⁹⁷ É também o entendimento de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 594. Aliás, nos trabalhos preparatórios para o novo Código Civil português, RUI DE ALARCÃO, *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, p. 8, expressamente defendeu a nulidade como a consequência adequada ao negócio simulado, cuja natureza não se contrariaria pela inoponibilidade dos de boa-fé.

⁴⁹⁸ Ao tratar do regime simulatório alemão, FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 349-350, justificou a ausência de norma específica em defesa de terceiros justamente porque não se queria

Conforme a posição do terceiro em relação ao negócio simulado, seu interesse pode ser o de afastar a aparência e, assim, garantir a ineficácia que vem da nulidade⁴⁹⁹. A essa inoponibilidade do negócio, serve de exemplo o caso do credor do simulador-alienante⁵⁰⁰. Vê-se, nessa outra via de proteção, a infeliz possibilidade de chocarem-se as pretensões de terceiros de boa-fé, mas a solução está a merecer tópico específico⁵⁰¹.

3.2.2. OS TERCEIROS

RUI DE ALARCÃO⁵⁰² fez consignar, no projeto do Código Civil, séria limitação à isenção do terceiro⁵⁰³. A proposta era a de constranger a inoponibilidade aos casos em que os direitos dos terceiros fossem prejudicados pela invalidação do negócio. Noutro dizer, não se deveria manter o negócio jurídico simulado em face de terceiros que visassem a alguma vantagem adicional. A posição de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA⁵⁰⁴, autor material das revisões ministeriais, entretanto, era no sentido de admitir a inoponibilidade quaisquer que fossem as consequências, razão pela qual, ao final, o art. 243º, 1, do Código Civil português foi publicado com a redação que tem.

Não se desconhece que, em tema de simulação, o estabelecimento de um sistema harmônico capaz de considerar todas as circunstâncias que decorram da invalidação do negócio jurídico aparente para responder com justiça a todas as pretensões, é de difícil realização. Não se pode, por essa mesma razão, afirmar a suficiência do expediente proposto a todos os casos concretos que a ele devessem atenção. A dificuldade do legislador não difere muito da do doutrinador quando se analisam as proposições para o futuro. O que é certo é que as tão comuns tentativas de exercício de um direito de preferência⁵⁰⁵ pelo preço simulado, não o real, seriam afastadas. Talvez mais relevante, entretanto, seja a adequação da proposição ao regime da nulidade, porque, ao limitar os casos de inoponibilidade, mais frequentemente se permitiria a ineficácia absoluta do negócio simulado quando se descortinasse o engodo. A reboque, viria outra desejada

a confirmação legal de relações jurídicas relativas. De fato, a relatividade de um vínculo jurídico é situação que se quer evitar, mas, estabelecidas as regras pelas quais se limitam suas consequências nocivas, o expediente se transforma em interessante ferramenta de equalização de interesses variados.

⁴⁹⁹ HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR, *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*, p. 62.

⁵⁰⁰ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 93-94.

⁵⁰¹ Ver tópico 3.2.5.

⁵⁰² *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, p. 17. O autor dá interessante exemplo: a mulher, tendo figurado como adquirente em uma compra e venda simulada, depois se casa sob regime de comunhão de bens. O marido, se pretender a separação, não pode licitamente invocar a manutenção da simulação para que a partilha alcance também o bem que não integrava realmente o patrimônio da esposa.

⁵⁰³ Em favor da objetividade, não serão repetidas as noções de terceiro que inauguraram o tópico 3.2.2.

⁵⁰⁴ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 62.

⁵⁰⁵ Ver os casos apresentados no tópico 3.2.4.

consequência: a de limitar a possibilidade de estabelecerem-se conflitos entre terceiros de boa-fé.

Prefere-se, assim, o regime que nunca existiu àquele definido na lei portuguesa. A solução, então, deve seguir outro caminho, tal como ocorre no Direito brasileiro, que sequer aventou regra semelhante. Outros princípios, tal como os da boa-fé e da vedação ao enriquecimento indevido, devem operar. Em casos específicos, entretanto, fica evidente a falta do dispositivo⁵⁰⁶.

3.2.3. A BOA-FÉ

É de interesse a observação feita acerca da existência de certa gradação das lesões que a invalidação do negócio simulado pode provocar em face de terceiros⁵⁰⁷ e, talvez mais importante, a repercussão que tem tal gradação na definição do conceito de boa-fé. Dúvida não há da pertinência da proteção do terceiro que, tendo confiado na seriedade de negócio anterior, adquire algum bem do simulador que só em aparência queria ter a propriedade da coisa. Em casos semelhantes, a manutenção do negócio aparente, única forma de fazer válida a alienação subsequente, expressa o ideal de justiça. Mas já não diz tanto a hipótese do credor do simulador, que, tendo seu crédito constituído sem consideração ao incremento da garantia patrimonial decorrente de uma aquisição aparente, pode igualmente invocar a manutenção do negócio simulado⁵⁰⁸ (art. 605º do Código Civil português).

A diferença está em que, no primeiro caso, a confiança na idoneidade de uma situação aparente é imprescindível à celebração do negócio jurídico subsequente, pois só com muita dificuldade, ou em situações extremas, terceira pessoa haveria de adquirir algum bem que não integrasse verdadeiramente o patrimônio do pretenso vendedor, ao passo que, na segunda situação, acreditar na higidez do negócio simulado talvez não apresentasse influência significativa à relação que estivesse a formar-se entre simulador e o terceiro. Ainda assim, nessa segunda hipótese, no confronto da posição do simulador à do terceiro credor que vê, no desfazimento desse estado de aparência decorrente de uma simulação que lhe era antes desconhecida, via concreta para a satisfação de crédito seu, a lei prestigia o último, porque a dissipação do patrimônio, mesmo fictícia, há sempre de constituir método ilegítimo de defesa.

⁵⁰⁶ A propósito, ver tópico 3.2.4.

⁵⁰⁷ FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 364.

⁵⁰⁸ Ver, entretanto, o tópico 3.2.4.

Diz muito a lei quando equipara as duas situações. O fundamento da isenção do terceiro não reside somente na confiança na idoneidade de um negócio jurídico concreto, anterior, cuja eficácia seja imprescindível à relação que depois haveria de ser constituída. Diferentemente, o tratamento igualitário que se descreveu revela que, por boa-fé, deve ser entendido, em especial, o desconhecimento da maquinação que fizeram os simuladores⁵⁰⁹. É esse estado de consciência, claramente subjetivo, que confere ao terceiro a qualidade necessária à imunidade contra os efeitos jurídicos da simulação que lhe sejam potencialmente prejudiciais⁵¹⁰. É pertinente o exemplo dado por FRANCESCO FERRARA⁵¹¹: por intermediário, celebrou-se venda verdadeira de imóvel, mas com simulação de preço, de forma a fazer constar no contrato correspondente valor elevadíssimo para a operação. O intermediário, então, pretendeu, indevidamente, que sua remuneração fosse calculada conforme o preço fictício. Ao final, o tribunal resolveu que, tendo tido conhecimento da simulação, seus serviços deveriam ser remunerados na proporção do preço verdadeiro.

Interessante é que a posição subjetiva contrária – de conhecimento prévio sobre o negócio simulado – mantém num mesmo nível reprovável a pretensão que, porventura, tenham assim o adquirente e o credor dos exemplos anteriores em invocar a manutenção do negócio. O terceiro que soubesse da prévia negociação simulada da coisa por ele adquirida não é merecedor de proteção, nem o credor que, de igual forma, soubesse da simulação que ensejou o fortalecimento de sua garantia patrimonial. A repulsa à possibilidade, nesse viés negativo, reforça o argumento anterior.

Com essa mesma justificativa, aliás, acolhe-se o entendimento segundo o qual se deve assemelhar à má-fé, ou ao menos impedir as consequências jurídicas favoráveis que vêm com a boa-fé, a injustificável ignorância⁵¹². Na pena de JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁵¹³, a má-fé segue aquele que *devia conhecer a simulação*, equivalente ao descumprimento culposos de um dever de conhecimento da realidade dos fatos. Era contra RUI DE ALARCÃO⁵¹⁴, a quem não bastava a *cognoscibilidade*, nem se por culpa grave do terceiro, porque, mesmo nessas condições, não se equipararia ao dolo dos simuladores. Não se trata, evidentemente, de exigir diligência sobre-humana do terceiro, nem de negar-lhe perdão por uma desatenção ocasional. Apenas os descuidos mais graves, que, no âmbito do processo, fizessem o juiz

⁵⁰⁹ Semelhantemente, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, p. 106.

⁵¹⁰ Não foi outra a conclusão de FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 362-363, ao analisar o art. 1.319 do Código Civil italiano de 1865, que também não mencionava expressamente a boa-fé.

⁵¹¹ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 280.

⁵¹² A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 98.

⁵¹³ *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 53.

⁵¹⁴ *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, p. 21.

duvidar do próprio desconhecimento do terceiro, é que não devem isentar o contratante negligente.

A análise serve à legislação brasileira, que não se ocupou de definir o conceito de boa-fé, nem que fosse por meio de hipóteses legais. Já não serve tanto à legislação portuguesa, exceto para confirmar a regra do art. 243º, 2, do Código Civil, expressa que é no sentido de vincular a boa-fé à ignorância da simulação.

A propósito, está no art. 243º, 3, do Código Civil português a definição de ocorrência objetiva⁵¹⁵ para a presunção da má-fé do terceiro. Segundo o aludido dispositivo, só o registro da ação de simulação, quando possível, bastaria para que assim se qualificasse o terceiro. A presunção legal que se fez foi categórica, aliás, ao qualificar *sempre* como de má-fé aquele cujo direito se constituísse depois do registro da ação. O expediente não agradava a FRANCESCO FERRARA⁵¹⁶, a quem não parecia correto desprezar a posição do terceiro, embasada em documento constitutivo de um determinado direito, objetivamente a fundamentar sua boa-fé, que não se esvairia pela só anotação de uma ação.

3.2.4. O PRESSUPOSTO NEGATIVO DO ENRIQUECIMENTO INDEVIDO

Há mais a ser dito quanto ao âmbito da proteção dos terceiros de boa-fé. O anteparo com que se bloqueiam os efeitos nocivos da simulação não pode ser utilizado, ele próprio, para o locupletamento daqueles a que visa a proteger. Aí haveria abuso, no sentido de transmutar a boa-fé em má ou, ao menos, de aproveitar o desconhecimento da ajustada aparência de um determinado negócio para um indevido ganho pessoal.

Ilustram bem o assentado o acórdão prolatado no Recurso Especial 52.221/SP pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, já colacionado, e, em Portugal, o assento de 21 de novembro de 1967⁵¹⁷, confirmado recentemente pelo julgamento de 08 de setembro de 2016⁵¹⁸. O primeiro, porque prolatado à época do Código Civil brasileiro de 1916, não reconheceu a legitimidade do locatário em exercer direito de preferência pelo preço simulado. Dos demais, o último, mais recente, reafirmou a posição

⁵¹⁵ Segundo PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 594, a determinação do referido artigo restringe o *cariz subjetivo da perspectiva da boa-fé*.

⁵¹⁶ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 370.

⁵¹⁷ Processo 062033.

⁵¹⁸ Processo 1022/12.4TBCNT.C1S1.

jurisprudencial⁵¹⁹ daquele país em considerar o preço real como o parâmetro para a preferência, assim a evitar o locupletamento injustificado.

No Direito português, pretendeu que se combatesse tal abuso por restrição à categoria dos terceiros que, mesmo de boa-fé, poderiam se isentar da invalidação do negócio. Mas a inoponibilidade, já se disse recentemente⁵²⁰, acabou sendo outorgada indistintamente, não só àquele que fosse efetivamente prejudicado pelo afastamento do negócio simulado.

Resulta daí a necessidade de contornar por outros meios esse efeito colateral da inoponibilidade. A equalização dos interesses dos envolvidos, inclusive os dos simuladores, há de considerar as diretrizes da boa-fé e a vedação do enriquecimento indevido. Por outro lado, é interessante notar, essa mesma equalização depende também da noção de que não se pretende deliberadamente prejudicar os simuladores⁵²¹. A simulação, no que tiver de ilícita, só a um certo ponto deve admitir que se sancionem os simuladores, e geralmente só ao necessário ao desfazimento dos efeitos práticos e, eventualmente, ao ressarcimento dos danos correspondentes; não pode, conseqüentemente, permitir que se julgue contrariamente aos interesses dos simuladores em todo e qualquer conflito que for instaurado. Não é diferente a conclusão de JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁵²², para quem a regra da inoponibilidade aos terceiros de boa-fé não pode ensejar enriquecimento indevido do preferente. Acompanha-o A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁵²³, ao repudiar que a invocação desse instituto de proteção conduza a ganhos injustificados.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁵²⁴ é contra. A ilicitude da simulação deveria impedir qualquer proteção do Direito aos simuladores. O exercício do direito de preferência pelo valor declarado, e não o real, seria risco *dissuasor da simulação* e, nessa condição, deveria ser mantido. Não se acompanha, entretanto, o doutrinador. Pelo que já se expôs, a posição pretendida pelo pretense preferente é a de auferir benefício excessivo do negócio simulado, sem justificativa idônea.

Nada impede que as razões que se adotaram para o exercício do direito de preferência pelo preço real, e não o simulado, sejam eventualmente aproveitadas em outros casos em que o benefício pretendido pelo terceiro ao pleitear a paralisação dos efeitos

⁵¹⁹ Segundo A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 23, depois de ter ensaiado *diferentes percursos*, a jurisprudência portuguesa assumiu igual entendimento.

⁵²⁰ Tópico 3.2.2.

⁵²¹ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 100.

⁵²² *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 54.

⁵²³ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 100.

⁵²⁴ *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 597.

da declaração da nulidade da simulação não tenha justificação razoável. Com algumas modificações, nomeadamente na parte em que se refere à má-fé, o exemplo de FRANCESCO FERRARA, já mencionado⁵²⁵, poderia ilustrar o que aqui se defende. O corretor de imóveis que tenha intermediado venda verdadeira entre os simuladores, mas com simulação de preço a maior, para frustrar o exercício de algum direito de preferência, deve ser remunerado conforme o valor real do bem.

3.2.5. O CONFLITO ENTRE OS TERCEIROS

Anteriormente, referiu-se às possibilidades que tem o terceiro para a defesa de seus interesses. Conforme a posição que tivesse em relação ao negócio simulado, sua pretensão poderia passar da invalidação do estado de aparência à sua própria manutenção. É evidente que, qualquer que fosse o caminho que as circunstâncias lhe ditassem, o terceiro de boa-fé teria preferência aos simuladores. As particularidades desse confronto, já vistas em outro momento⁵²⁶, não precisam de repetição. O que ainda está a merecer estudo – e, espera-se, solução – é o impasse gerado por pretensões contrárias, de invalidação e de manutenção, manejada, cada uma delas, por terceiros, que, nessa condição, não participaram da simulação.

Em seu projeto, RUI DE ALARCÃO⁵²⁷ decidiu por reservar artigo específico para o tratamento das questões que, decorrentes da simulação, acabassem por envolver terceiros. À partida, ressaltou a possibilidade de o terceiro de boa-fé, cujos interesses se sacrificassem em detrimento de outro, buscar ressarcimento perante qualquer dos simuladores. A previsão talvez fosse desnecessária, porque a possibilidade já existia em outro lugar do próprio projeto, notadamente na parte em que se refere aos efeitos da declaração de nulidade (atual art. 289º, 1). Depois, tratou dos conflitos entre credores comuns do simulador alienante e do simulador adquirente. O critério escolhido foi o da situação patrimonial dos simuladores à época da constituição dos créditos. Assim, se só depois da simulação é que passaram a existir os credores de ambas as partes, favorecer-se-iam os credores do adquirente, porque se presumiria que os credores do alienante nunca contaram com aquela garantia patrimonial, diferentemente dos credores do adquirente. Por outro lado, se os créditos se constituíssem antes da simulação, também em razão da percepção que os credores teriam da garantia que lhes cabia, prestigiar-se-iam os credores do simulador alienante, salvo se os bens que houvessem sido objeto do negócio simulado já houvessem sofrido constrição judicial. Outra hipótese tratada pelo projeto foi a da colisão entre os interesses dos credores do simulador alienante e os dos

⁵²⁵ Tópico 3.2.3.

⁵²⁶ Ver tópico 3.2.

⁵²⁷ *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, p. 23.

subadquirentes do simulador adquirente, estes últimos os prestigiados. Por fim, entre os subadquirentes de um e de outro simulador, a regra seria a de considerar real o negócio simulado.

Segundo A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁵²⁸, a proposta não vingou porque se entendeu desnecessária a positivação de regras já implicitamente definidas no próprio regime simulatório. Entretanto, se sumariamente observadas as diretrizes lançadas por RUI DE ALARCÃO, verifica-se o estabelecimento de critério – casuísta⁵²⁹, é verdade – totalmente inédito, a ensejar resultados práticos substancialmente distintos daqueles hoje admitidos pelo sistema simulatório. O abandono, então, decorreu mais da discordância às orientações – ou, talvez, à própria forma taxativa pela qual se resolveram apenas algumas das manifestações do conflito – do que de uma suposta absorção, pelo sistema posto, do novo articulado. De todo modo, reconhece-se o acerto do autor: correta seria a definição de um sistema mais amplo, capaz de orientar as partes acerca das diligências que lhes seriam pertinentes nos mais variados negócios jurídicos e, sem sendo o caso, também o juiz, se a ele houvesse de ser confiada a solução de eventual divergência.

ITAMAR GAINO⁵³⁰, ao apresentar seu próprio sistema de solução dos conflitos, afirmou, inicialmente, a existência de uma proteção máxima dos sucessores de boa-fé perante os simuladores, seus sucessores universais e, para garantir a certeza da circulação dos direitos, com inspiração direta no Direito italiano, também os sucessores do simulador alienante e os credores do simulador alienante. Além dessas hipóteses, o escritor tratou também dos negócios de compra e venda simulados: sendo imóvel o objeto da simulação, a questão se resolveria pelo princípio da anterioridade do registro, ao passo que, em relação aos móveis, seria a tradição o critério prevalente.

Também ALBERTO JÚNIOR VELOSO⁵³¹ resolveu por tratar casuisticamente das várias situações em que se pode constatar o conflito entre terceiros de boa-fé. Assim, a disputa entre os credores dos simuladores deveria observar a regra geral, de nulidade da simulação. Mas, se firmada pretensão entre os credores do simulador alienante e os sucessores particulares do simulador adquirente, a solução seria oposta, de forma a prestigiar a aparência do negócio. Os sucessores do simulador alienante teriam preferência aos credores do adquirente. Mas, entre os sucessores dos simuladores, a vantagem seria do que há mais tempo figurasse com essa condição no registro e, se impossível a determinação, o favor seria ao que tivesse a posse da coisa. A posse da coisa, aliás, seria o critério para resolver também o confronto entre os sucessores dos

⁵²⁸ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 103.

⁵²⁹ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 104.

⁵³⁰ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 100-101.

⁵³¹ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, pp. 155-158.

simuladores, quando móvel o bem. Essas mesmas hipóteses, entre credores, sucessores e uns e outros, foram igualmente categorizadas por HOMERO PRATES⁵³². As justificativas variavam conforme se quisesse prestigiar a aparência ou à realidade; o direito individual ou a segurança do comércio; o respeito à posse, aos efeitos registrais ou à tradição; e a precedência do negócio, para citar as mais comuns.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO⁵³³, por sua vez, parte de interessante conclusão: a ilegitimidade do art. 243º, 1, do Código Civil português, literalmente restrita ao simulador, deveria alcançar também o terceiro de má-fé. Assim se resolveria o caso de terceiro que, sabendo da simulação, sucede a qualquer título um dos simuladores e, depois, tenta opor o vício a terceiro que desconhecia do vício de declaração. Naquelas premissas, o primeiro, de má-fé, não deveria ter ação contra o segundo, de boa-fé. A solução, mais do que promover a justiça entre as partes, impediria que o uso de comparsas esvaziasse completamente a proteção do regime simulatório em benefício de terceiros de boa-fé. Ao tratar das disputas entre terceiros de boa-fé, o professor apresentar elegante solução: o art. 243º, 1, só excluiria dos efeitos da invalidação do negócio simulado o terceiro de boa-fé quando em litígio com o simulador ou com o terceiro de má-fé, de forma que, entre os terceiros de boa-fé, o favorecido seria sempre aquele a quem a nulidade aproveitasse. Nas palavras do citado autor, *prevalecerá pois, nos termos normais, o verdadeiro titular, contra quem adquiriu os seus direitos do simulador-adquirente*⁵³⁴.

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁵³⁵, depois de apresentar as várias soluções com as quais se deparou na doutrina portuguesa, concluiu de forma muito semelhante a JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, com a diferença que não viu possível a extensão também aos terceiros de má-fé a restrição de legitimidade que sofre o próprio simulador.

Não se acolhem os inúmeros argumentos apresentados pela doutrina para justificar o tratamento isolado e taxativo de um ou de outro negócio jurídico, variável conforme a posição dos terceiros ou o tempo da constituição dos direitos deles. O procedimento, por sua limitação inerente, não se presta a mais do que o caso regulado. Mesmo nele, a atuação de circunstâncias imprevistas poderia revelar a pertinência de solução diversa. A crítica mais importante, entretanto, reserva-se à premissa a partir da qual se desenvolvem as teorias. É que, invariavelmente, as pretensões dos sucessores particulares ou dos credores dos simuladores, a de manter e a de invalidar o negócio simulado, não têm suportes jurídicos da mesma qualidade – ou, na letra do art. 335º do Código Civil português, de uma mesma espécie. Em princípio, fora da hipótese do art. 167,

⁵³² *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, pp. 265-280.

⁵³³ *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 194.

⁵³⁴ *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 196.

⁵³⁵ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 107.

§ 2º, do Código Civil brasileiro, correspondente ao art. 243º, § 1º, do português, um dos polos desse conflito entre terceiros tem sua pretensão escorada em negócio nulo.

Tome-se o exemplo da disputa travada entre o subadquirente do simulador alienante e o subadquirente do simulador adquirente, cada qual com seu direito vinculado à eficácia de negócio antecedente. Dada a relevância do defeito da declaração, a ensejar a nulidade do negócio simulado, com seus efeitos retroativos (art. 182 e art. 289º, 1, dos Códigos brasileiro e português, respectivamente), o sucessor particular do simulador adquirente deixa de contar com a eficácia do negócio antecedente. Seu negócio existe, então, isoladamente, como não poderia ser. Por outro lado, não se afeta o negócio anterior ao do sucessor do simulador alienante.

A solução não deveria parecer complicada. Se um dos terceiros tem sua posição firmada no frágil terreno da nulidade, o outro tem a dele hígida, até prestigiada pela ineficácia do negócio de sua contraparte. A nulidade, quando operada, haveria de resolver com facilidade a questão: com o reconhecimento da simulação, a invalidação que se segue deixa de pé apenas o negócio do sucessor do alienante.

Nesse contexto, não podem ser comparadas as posições de terceiros decorrentes de polos distintos do negócio simulado. A nulidade favorece um em detrimento do outro. Nada influencia, conseqüentemente, o momento em que se celebrou o negócio, ou em que se efetuou a tradição ou em que se promoveu o registro. O negócio nulo não se convalesce por ter ensejado a tradição. Continua sendo nulo, a despeito disso. E se, depois, celebra-se negócio válido com terceira pessoa, então os efeitos que se queriam lá poderão ser produzidos só aqui, não obstante a inconveniente modificação subjetiva. De igual forma, a invalidação do negócio afeta o registro subsequente⁵³⁶ e as razões que serviram à tradição se repetem aqui. Por fim, pouco interessa o tempo do negócio nulo em relação a outro, válido. Aquele, nulo, não afeta a eficácia deste. Ao final, se observado o fenômeno em sua inteireza, a conclusão só pode ser a de que o simulador adquirente não tem a propriedade da coisa para que dela possa dispor. A venda que faz, portanto, é de coisa alheia, nula por si só, nos termos do art. 1.268 do Código Civil de 2002.

No mais, indaga-se acaso eventual divergência entre terceiros de boa-fé e de má-fé haveria de observar a solução proposta por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO⁵³⁷. A resposta deve ser negativa. Inexiste, no ordenamento daquele país, tal como ocorre no Brasil, regra a autorizar a isenção do terceiro de boa-fé aos efeitos da nulidade também por invocação de pessoa estranha ao ajuste simulatório, ainda que de má-fé. A inoponibilidade, é notório,

⁵³⁶ O Código Civil brasileiro autoriza expressamente a reivindicação do imóvel depois da invalidação do registro (art. 1.247, parágrafo único), mas, em Portugal, a solução é diferente (ver 3.1.1.2).

⁵³⁷ *Direito Civil – Teoria Geral*, v. II, p. 196, como anteriormente mencionado neste mesmo tópico.

circunscreve-se apenas à alegação feita pelos próprios simuladores. Sob outra perspectiva, a inoponibilidade – na condição de exceção ao sistema de nulidades, em regra a determinar a ineficácia absoluta do negócio maculado – se opera nos exatos limites definidos pela lei.

Em resumo, o negócio simulado é nulo, pondo-se a salvo apenas os terceiros de boa-fé contra os simuladores. De resto, repete-se, é nulo.

3.3. O NEGÓCIO JURÍDICO DISSIMULADO

Em momento anterior ⁵³⁸, fez-se menção às deliberações da comissão organizadora do projeto do Código Civil de 1916, inclusive aquela em que os integrantes discutiram sobre a instituição de um regime simulatório em que expressamente se definissem as simulações absoluta e relativa. Na oportunidade, houve discussão acerca da pertinência de serem inseridas, no texto de lei, *parte doutrinária do Esboço (art. 521)*⁵³⁹. De fato, se observado o articulado do Esboço de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, identificam-se, nos parágrafos do art. 522, as formas absoluta e relativa da simulação, nos contornos que hoje possuem. No *caput*, propôs-se a consequência da validade do ato dissimulado, se, em si, não contivesse mácula nenhuma. Não se localizou, nos três volumes de atas das reuniões da comissão, referência alguma ao motivo pelo qual, ao final, o sistema não foi levado à casa legislativa. Tem-se, pois, só o fato de que, em sua redação final, o primeiro Código Civil brasileiro não identificou explicitamente a figura da simulação relativa, nem dessa forma estabeleceu suas consequências.

Já não é assim no atual Código Civil. A singela redação do art. 167 permite claramente que se depreenda a subsistência do negócio jurídico subjacente, dito de dissimulado, se ele próprio atender aos comuns requisitos de validade⁵⁴⁰. O avanço, porém, não conferiu ao texto brasileiro a mesma sutileza de seu equivalente português. Está no art. 241º, 1, do Código Civil português a aplicação, ao negócio dissimulado, do regime correspondente, *não sendo sua validade prejudicada pela nulidade do negócio simulado*. O expediente, segundo A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁵⁴¹, justifica-se na medida em que não se pretende afirmar, de logo, a validade do negócio subjacente, preferindo-se, ao revés, encaminhar a análise a etapa subsequente, tal como se o negócio se celebrasse

⁵³⁸ Ver página 75.

⁵³⁹ *Código Civil Brasileiro: Trabalhos Relativos à sua Elaboração*, v. I, p. 370.

⁵⁴⁰ A redação mereceu as críticas de ALBERTO JÚNIOR VELOSO, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 172. Mas o exemplo utilizado, de negócio indireto com fraude à lei, não corrobora as críticas feitas pelo doutrinador.

⁵⁴¹ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 109.

sem simulação. Nesse mesmo sentido, aliás, a posição de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS⁵⁴², ao afirmar a insuficiência da simulação para atuar *sobre a vida do acto dissimulado*.

Ao final, as mencionadas chegam a um mesmo destino, embora por vias diversas: o negócio subjacente, ocultado pelo ato aparente, pode subsistir como se fosse celebrado sem simulação, desde que, evidentemente, atenda aos requisitos correspondentes de forma e de substância.

Não é simples a tarefa de identificar o negócio dissimulado. Como não poderia deixar de ser, os simuladores se encarregam de mantê-lo às sombras. Já se sugeriu que a investigação necessária à apuração da verdadeira intenção das partes se constrangesse à própria declaração negocial⁵⁴³. A limitação, sem razão lógica ou jurídica, se acatada, acabaria por frustrar, na maioria dos casos, os esforços para o descobrimento da verdade por detrás do ato aparente. Por isso, admite-se a análise de todo o contexto em que se deu o procedimento simulatório⁵⁴⁴, partindo da posição e da qualificação das partes, passando pelo negócio simulado e pelos efeitos que concretamente deflagra, a fim de desvendar o *pactum simulationis* e, conseqüentemente, ensejar a identificação, com alguma nitidez, da intenção efetiva das partes.

Assim, na alienação de imóveis, só o preço consignado na escritura, em claro descompasso ao valor do mercado, sugere simulação fiscal. Na compra e venda cumulada com locação em que se oculta pacto comissório e mútuo usurário, a posse do bem, mantida com o suposto alienante, e a demonstração do mútuo anterior, em quantia não necessariamente correspondente ao verdadeiro preço da coisa, revelam a simulação. A simulação que, no Brasil, convencionou-se chamar de *vaca-papel*⁵⁴⁵ pode ser revelada pela inexistência fática das operações típicas ao contrato de parceria pecuária, de modo a revelar mútuo a juros extorsivos. A alienação, geralmente de bem imóvel, a familiar próximo, sem localização do respectivo pagamento, pode assim revelar simples liberalidade.

Os exemplos, evidentemente, estão apenas a demonstrar a forma pela qual se pode afastar o engodo promovido pelo ato aparente e, conseqüentemente, determinar a verdadeira vontade das partes. Mais frequentemente do que não, o desvendamento ensejará a declaração da nulidade do negócio simulado, salvo se o caso for o de inoponibilidade⁵⁴⁶. Não é certo, porém, que, em sendo verificada a existência de negócio

⁵⁴² *A Simulação em Direito Civil*, p. 354.

⁵⁴³ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 356.

⁵⁴⁴ ITAMAR GAINO, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 96-97.

⁵⁴⁵ O termo aparece em inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça. Serve como exemplo o Recurso Especial 441.903/SP, da Terceira Turma.

⁵⁴⁶ Ver 3.2.1.

oculto, verdadeiramente querido pelas partes, o negócio dito de dissimulado poderá ser aproveitado. Antes, para usar os termos da lei, exige-se que se verifique se o que se dissimulou tem validade *na substância e na forma* (art. 167 do Código Civil brasileiro).

3.3.1. A VALIDADE DO NEGÓCIO DISSIMULADO: A QUESTÃO DA FORMA

Nos termos do legislador português, a nulidade que denigre o negócio simulado não afeta a validade do negócio dissimulado. Mas há mais: a dissimulação também não lhe dá validade que não possua⁵⁴⁷. Impõe-se, pois, uma valoração jurídica autônoma⁵⁴⁸, tal como não houvesse a simulação: a capacidade do agente, a adequação do objeto e, por fim, a idoneidade formal condicionarão a validade do negócio⁵⁴⁹.

Se as qualidades das partes e do objeto têm disciplina própria que pouco se conecta ao presente estudo, já a forma apresenta algum desafio conforme as circunstâncias do negócio dissimulado⁵⁵⁰.

Em muitos casos, a apreciação dos requisitos de validade do negócio jurídico dissimulado não apresenta problemas. Nas hipóteses de pré ou pós-datação do negócio, ou de declaração inverídica de cláusula ou condição, o desvendamento da simulação basta para a recuperação da vontade verdadeira das partes. A forma que houver abrigado o negócio simulado é aproveitada para garantir a validade do que se dissimulou. Situam-se ainda nessa categoria as situações em que as exigências da forma do negócio dissimulado forem menos rigorosas do que as do simulado⁵⁵¹. Mas, em outros casos, especialmente naqueles em que a divergência repousar na natureza do negócio, os efeitos próprios verdadeiramente queridos pelos simuladores ficam a depender de solenidade que o negócio dissimulado, sendo oculto, não podia atender. Ressalta-se, de imediato, a nulidade do ato dissimulado se a lei exigir forma especial só dele, não do simulado⁵⁵². Aí se está diante de vício insanável, porque, na configuração pragmática da simulação, o ato oculto não recebe forma que o simulado não tem. Ainda assim, excluídas as hipóteses anteriores,

⁵⁴⁷ LEONARDO MATTIETTO, *Negócio Jurídico Simulado*, p. 225, e FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 269.

⁵⁴⁸ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil*, p. 51.

⁵⁴⁹ Outros requisitos, próprios ao tipo negocial da dissimulação, poderão concorrer para a determinação da validade. Uma venda verbal simulada, atrás da qual se oculte uma doação, será válida só se houver ocorrido a tradição (art. 541, parágrafo único, do Código Civil de 2002).

⁵⁵⁰ Presume-se ser esta particularidade, aliás, a resposta à indagação de FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 246-247, acerca do motivo pelo qual se haveria que distinguir, na lei, entre requisitos formais e substanciais, quando ambos seriam igualmente condições à validade do negócio

⁵⁵¹ O Recurso Especial 1.046.453/RJ, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, trata de caso com essas circunstâncias. O negócio simulado, formalizado por escritura pública para o registro de garantia hipotecária, foi invalidado, mantendo-se, porém, o dissimulado, de mútuo, sem juros extorsivos.

⁵⁵² A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 122.

restam aquelas inúmeras ocorrências em que a formalidade está no simulado, não propriamente no dissimulado.

JOSÉ BELEZA DOS SANTOS⁵⁵³ não se sensibilizou pela doutrina da época e se filiou à tese restritiva da forma da declaração. Assim, para o precitado doutrinador, a formalização adequada apenas de parte da declaração negocial não salvaria o negócio. Porque o ordenamento não admitiria a integração por outros meios de prova, a solenidade haveria de abranger todos os elementos essenciais do negócio dissimulado, sob pena de invalidade. No exemplo clássico, então, a compra e venda simulada seria nula em decorrência da divergência da declaração, exatamente como a doação subjacente, oculta, mas por defeito de forma. Por essas exatas razões, o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 23 de julho de 1952, citado com alguma frequência pela doutrina portuguesa⁵⁵⁴, firmou posição pela doutrina de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS. O julgado reconheceu a nulidade, por simulação, do contrato de compra e venda de imóveis e, por defeito de forma, a do contrato subjacente de doação. A posição mencionada impunha considerável limitação ao aproveitamento do negócio dissimulado. Fora das hipóteses mencionadas inicialmente, de simulação de cláusula, de condição, de data ou de outro acessório, só raramente se poderia cogitar da validade do negócio dissimulado⁵⁵⁵. Talvez também por isso, no anteprojeto do Código Civil português, RUI DE ALARCÃO⁵⁵⁶ propôs que a validade do negócio dissimulado formal se vinculasse à satisfação das razões de seu formalismo com a observância das formalidades adotadas pelo negócio simulado. Assim, se verificada a identidade dos motivos pelos quais o legislador impôs determinada forma a cada um dos negócios envolvidos, o simulado e o dissimulado, o atendimento da solenidade só pelo negócio aparente bastaria à higidez do oculto. A redação final, porém, foi no sentido de admitir a validade do negócio dissimulado formal apenas se houver sido observada a forma exigida por lei. O texto, ambíguo⁵⁵⁷, não esclarece se a forma se exige do negócio simulado ou do dissimulado. A partir daí, segundo PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁵⁵⁸ e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁵⁵⁹, parte da doutrina teria passado a defender a superação do mencionado acórdão de 1952, ora admitindo o aproveitamento da solenidade adotada pelo negócio simulado, tal como admite o próprio autor, ora relegando ao caso concreto a análise do atendimento da razão da formalidade. No âmbito judicial, o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 18 de abril de 1969, adotou posição

⁵⁵³ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 362.

⁵⁵⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 589, e RUI DE ALARCÃO, *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, p. 11.

⁵⁵⁵ Segundo JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, p. 365, entre elas, a de simulação de preço, pois, embora seja ele da essência da compra e venda, não seria necessária sua determinação no negócio.

⁵⁵⁶ *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, p. 11.

⁵⁵⁷ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 122.

⁵⁵⁸ *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 588.

⁵⁵⁹ *Estudos sobre a Simulação*, p. 32.

diversa à que tinha anteriormente assumido para validar a transmissão de quota social pela forma exigida, embora dissimulada a doação sob a declarada onerosidade.

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁵⁶⁰, em detalhada exposição, concluiu pela aplicação analógica do art. 238º do Código Civil português, de forma a só conferir validade ao negócio dissimulado se a parte que se ocultar do negócio simulado não se referir às razões determinantes da formalidade. À conclusão se chegou ao considerar, inicialmente, a própria letra da lei, embora equívoca, de exigir respeito à forma do negócio dissimulado. Depois, cogitou-se do elemento teleológico, a ponderar a pertinência de aproveitar-se o negócio dissimulado e, por outro lado, também o respeito às soluções dadas aos negócios jurídicos em geral⁵⁶¹. Valorou-se, ainda, o aspecto histórico da questão, especialmente os trabalhos preparatórios para o novo Código Civil. Finalmente, respeitou-se o sistema jurídico concreto, a englobar as exigências formais e suas exceções fundadas na irrelevância formal de algumas manifestações que não integram o motivo pelo qual se estipulou a solenidade.

Da exposição do aludido autor, resta a ser destacada ainda a discordância à clássica doutrina que via a necessária menção, em pública forma, ao *animus donandi* e, por extensão, ao *animus solvendi*, nos contratos de compra e venda e de doação de imóveis. Segundo o doutrinador, se bem observados estes e os demais casos em que comumente se exige forma solene, seria a natureza do objeto do negócio – a de ser imóvel, portanto – a razão determinante da formalidade.

As considerações feitas a propósito da lei portuguesa pouco servem à elucidação da questão perante o ordenamento jurídico brasileiro. No art. 383 da Consolidação, dispensava-se a exigência de escritura pública para a prova do ato dissimulado porque, segundo AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS⁵⁶², *o engano sempre se faz encobertamente*. O Código Civil de 1916, ao que parece por alguma aversão a conceitos⁵⁶³, jamais tratou expressamente da simulação relativa, de jeito que não poderia mesmo definir os critérios de validade do negócio dissimulado. A tradição jurídica, entretanto, não só bem conhecia a existência e a potencial validade do negócio dissimulado, como também permitiu que se mantivesse a orientação legal anterior, sem questionamentos. Nesse precário contexto legal, HOMERO PRATES⁵⁶⁴, embora afirmasse a prevalência do negócio oculto desde que reunisse *as condições de fundo e de forma para sua validade*, e mesmo tendo apresentado

⁵⁶⁰ *Da Simulação no Direito Civil*, pp. 122-129.

⁵⁶¹ Procedimento semelhante havia sido adotado por FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 257-268.

⁵⁶² *Consolidação das Leis Civis*, v. I, p. 266.

⁵⁶³ A circunstância já foi levantada no tópico 3.3.

⁵⁶⁴ *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, p. 130.

compêndio das posições doutrinárias francesas e italianas em que se discutia justamente a forma do negócio dissimulado, concluiu que a controvérsia não se apresentava *com a mesma importância entre nós*, uma vez que a legislação civil exigia – e continua a exigir – forma pública assim às doações como às alienações de imóveis. A problemática, segundo o doutrinador, seria então resumida aos casos em que o negócio dissimulado houvesse de atender a solenidade especial inaplicável ao simulado, tal como na locação de imóvel em que se ocultasse doação. O atual Código Civil, elogiável por, no geral, atualizar o regime simulatório, não tratou adequadamente da questão. Aliás, é de LEONARDO MATTIETTO⁵⁶⁵ a crítica à ambiguidade da parte final do art. 167, § 1º, do Código Civil de 2002. Segundo o professor, o texto não teria esclarecido se o próprio negócio dissimulado haveria de atender à solenidade legal ou se a forma do simulado poderia ser aproveitada. Diferentemente do que ocorre no português, a lei brasileira não auxilia na tarefa exegética. É que, no sistema jurídico pátrio, não se elaborou teoria a justificar razoavelmente os motivos pelos quais se exige solenidade a determinados negócios. Não há, na lei, menção alguma ao âmbito da forma legal (art. 221º do Código Civil português), de forma que não se tem por sistematizada a maneira pela qual se deve responder às estipulações feitas a determinado documento negocial. Do mesmo jeito, carece a legislação de critério legal de interpretação dos negócios formais em que se considerem também as razões que determinaram a formalidade (art. 238º). Por isso, o caminho tomado pela ordem jurídica portuguesa se fecha à brasileira, como se as escalas da viagem pudessem seletivamente se ocultar dos viajantes. Não surpreende, então, a simplicidade com a qual a questão é resolvida pelos tribunais. No Recurso Especial 1.102.938/SP, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, diante de contrato de compra e venda de imóvel a encobrir verdadeira doação, tomou a forma do negócio simulado como suficiente ao dissimulado. Depois, ao julgar o mérito do negócio oculto por sua própria “substância”, voltou a tratar da forma para enfrentar a ausência, alegada pela parte, da forma pública ao *animus donandi*. Dita ausência, segundo o acórdão, decorreria da natureza dissimulada da doação, que, *por óbvio*, não podia dar solenidade ao que se queria oculto. A solução atenderia, ainda, a razões pragmáticas, porque, do contrário, a parte final do art. 167 do Código Civil seria *inócua*. Das razões apresentadas, vê-se que não calhou ao julgador de fundamentar adequadamente o tratamento dado ao problema da forma do negócio dissimulado. O expediente – deflui-se da decisão⁵⁶⁶ – parecia por si só correto e inquestionável, como o são só as coisas evidentes. A boa doutrina de ALBERTO JÚNIOR

⁵⁶⁵ *Negócio Jurídico Simulado*, p. 225.

⁵⁶⁶ Nas palavras do Ministro relator: *Quanto à forma, como assevera o próprio recorrente e, também, consoante se depreende do acórdão recorrido e dos autos (fls. 115-121, e-STJ), o negócio jurídico formalizou-se por meio de escritura pública, satisfazendo os pressupostos do art. 108 e 541 do Código Civil, que dispõe (...)*”.

VELOSO⁵⁶⁷, eclética em suas fontes, não chega a refletir sobre todas as teorias que tentam dar alguma explicação ao meio pelo qual se pode aproveitar o negócio dissimulado formal. Não cuida – presume-se que em razão do que se afirmou – da possibilidade de importação do critério das razões determinantes da forma. Ao final, defende a possibilidade de ser emprestada a forma do negócio jurídico simulado ao dissimulado, também em decorrência integração que promove a sentença judicial que reconhece e declara a validade do negócio subjacente⁵⁶⁸.

Desse breve relato, revela-se o motivo pelo qual, no Brasil, adotou-se impunemente a teoria da forma do negócio⁵⁶⁹. Chega, à validade formal do negócio dissimulado, que o simulado tenha adotado igual solenidade. Nada impede, porém, que, mesmo nesse estado prematuro das coisas, seja adotada a solução que se forma em Portugal. A inexistência de lei a tratar do âmbito da forma legal, se não auxilia, ao menos não impede peremptoriamente a escolha. Serve de exemplo, aliás, o próprio regime simulatório do Código anterior, de muitas maneiras integrado por orientação doutrinária⁵⁷⁰.

Adota-se o já mencionado posicionamento de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, evidentemente acompanhado da elucidação que posteriormente traz à questão da razão determinante da forma legalmente imposta às transações imobiliárias. Não se trata, então, de buscar, no instrumento do negócio simulado, o *animus donandi* ou o *animus solvendi* – o que, reconhece-se, praticamente impediria o aproveitamento do negócio dissimulado formal. O registro público – se bem que efetivamente a conferir apoio aos celebrantes, na medida em que exige a participação de servidor público – fundamenta-se precipuamente no reforço à segurança jurídica imobiliária perante o mercado⁵⁷¹. Assim, a transação imobiliária simulada, se obediente à forma legal, pode ser emendada para a validação do negócio subjacente, permitindo que daí se produzam os efeitos de praxe. De resto, aproveita-se a pertinente observação de ALBERTO JÚNIOR VELOSO, antes mencionada, no sentido de que a emenda que judicialmente se faz pela sentença ao instrumento público

⁵⁶⁷ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, pp. 143-146.

⁵⁶⁸ Segundo o autor, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 145, o instrumento público utilizado pelos simuladores, somado à sentença judicial que reconheceu a simulação e declarou nulo o negócio simulado, reconhecendo a verdadeira intenção das partes (...) é, em nossa ótica, suficiente para garantir o respeito à forma exigido pela lei de registros públicos para obtenção do registro do negócio jurídico efetivamente pretendido perante o Cartório Imobiliário.

⁵⁶⁹ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, p. 114.

⁵⁷⁰ A própria simulação relativa, com a validade potencial do negócio dissimulado, não tinha respaldo em lei.

⁵⁷¹ MARCELO SALAROLI DE OLIVEIRA, *Institucionalização da Publicidade Registral Imobiliária no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, p. 38. É também a posição, evidentemente menos elaborada, de FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, p. 343, embora o autor, em momento anterior, p. 268, tenha cogitado sobre a garantia que a solenidade confere às próprias partes.

qualifica suficientemente o negócio para conferir aquela segurança jurídica de que não prescinde o mercado imobiliário. Não se defende, porém, a possibilidade de concerto de documento público na hipótese de simulação subjetiva. A tanto não parece chegar também a doutrina de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, já colacionada, porque aí não contaria com o apoio do art. 238, 1 e 2, do Código Civil português⁵⁷². De igual forma, no Brasil, uma vez que o título do registro não faz menção expressa ao verdadeiro adquirente, não se pode admitir que de tal maneira se aproveite o negócio dissimulado. Mesmo a intervenção judicial, escorada nas mais diversas provas, e diante das mais complexas configurações negociais, não pode substituir a forma pública de maneira tão radical.

De todo modo, no geral, a teoria conta ainda com uma vantagem prática. Se observados os negócios formais previstos no Código Civil de 2002⁵⁷³, e se considerados os casos levados aos tribunais⁵⁷⁴, nenhuma dúvida haverá da prevalência numérica dos negócios dissimulados imobiliários. O outro grande grupo de negócios e de atos sujeitos à forma pública tem como objeto as relações familiares, cuja dissimulação, mesmo a teórica, é de difícil exemplificação. Consequentemente, a solução adotada, porque acompanhada da elucidação que se fez à razão da formalidade dos negócios imobiliários, coincidirá em grande parte àquilo que já se pratica no Brasil.

3.3.2. A IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO OFICIOSO

A propósito do negócio simulado, sabidamente sancionado à nulidade, afirmou-se a possibilidade de reconhecimento oficioso pelo juiz⁵⁷⁵, de modo a ser permitida a produção dos efeitos jurídicos correspondentes. O afastamento da simulação, também já se disse⁵⁷⁶, pode revelar a inexistência de negócio real, caso em que nenhum efeito jurídico haverá de se desprender do negócio celebrado pelas partes. Mas o desvendamento da verdadeira intenção das partes pode revelar, por detrás das aparências, a existência de negócio subjacente, efetivamente querido pelos simuladores.

⁵⁷² Não por outro motivo, o Supremo Tribunal de Justiça português é contra a validação de negócio dissimulado subjetivo relativo a imóveis. Nesse sentido, o acórdão de 23 de novembro de 2011, Processo 783/09.2TBLMG.P1.S1 e o de 25 de março de 2010, Processo 983/06.7TBBGR.G1.S1.

⁵⁷³ Exige-se instrumento público, segundo o Código Civil de 2002, às seguintes hipóteses: emancipação (art. 5º); instituição de fundação (art. 62); operações sobre direitos reais sobre imóvel de valor superior a trinta salários mínimos (art. 108); constituição de renda (art. 807); concessão de superfície (art. 1.369); procuração para casamento (art. 1.542); opção por regime de bens diferente do da comunhão parcial, no casamento (art. 1.640); pacto antenupcial (art. 1.653); instituição de bem de família (art. 1.711); cessão de direito hereditário (art. 1.793); renúncia de herança (art. 1.806); testamento público (art. 1.864); partilha amigável de herança (art. 2.015).

⁵⁷⁴ Tomem-se como exemplo os vários julgados colacionados neste trabalho.

⁵⁷⁵ Ver 3.1.7.

⁵⁷⁶ Ver tópico 2.4.1.

Indaga-se, então, se à primeira declaração, de nulidade do negócio simulado, pode seguir-se outra, igualmente oficiosa, para o reconhecimento da validade e eficácia do ajuste oculto.

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁵⁷⁷ opta pela negativa, de forma a entregar aos próprios interessados na eficácia do negócio subjacente a alegação e a demonstração de sua validade. A assertiva, bastante por si só, funda-se no acórdão de 14 de setembro de 2010 do Supremo Tribunal de Justiça ⁵⁷⁸, expresso no sentido de vincular o reconhecimento do negócio à invocação da parte, a quem caberia, ainda, o ônus da prova da existência da relação oculta.

3.4. O DIREITO INTERTEMPORAL

Até aqui se tratou isoladamente das orientações dos dois Códigos Civis brasileiros. Analisaram-se as questões ora conforme a regra do Código Civil de 1916, ora conforme a do Código Civil de 2002. Adotou-se tal procedimento não só para buscar os esclarecimentos que vêm com a análise histórica, mas porque, mesmo tendo decorridos quatorze anos, ainda restam casos obedientes à legislação revogada.

Por outro lado, é certo que, na concretude do mundo dos fatos, foram muitas as relações jurídicas que, no período de transição das leis, tiveram suas fases de existência reguladas sucessivamente pelos dois Códigos Civis. Tal situação interessa ao presente estudo especialmente por conta da considerável diferença dos regimes simulatórios de cada uma das leis.

Está no art. 2.035 do Livro Complementar das Disposições Transitórias do atual Código Civil importante regra de transição. As questões atinentes à validade dos negócios jurídicos concluídos antes da entrada em vigor da nova lei atendem ao disposto nas leis anteriores. Mas os efeitos que forem produzidos já sob a vigência do novo Código, subordinam-se aos preceitos dele.

ALBERTO JÚNIOR VELOSO⁵⁷⁹, ao tratar da questão da sucessão das leis civis no Brasil, considerou corretamente o dispositivo colacionado de forma a sempre confiar, ao diploma revogado, a solução das divergências que tenham por objeto a validade negocial, no que se incluíam as disputas sobre negócios simulados. À mesma conclusão chegou

⁵⁷⁷ *Da Simulação no Direito Civil*, p. 109.

⁵⁷⁸ Processo 4432/03.4TJVN.F.P1.S1.

⁵⁷⁹ *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, p. 191.

ITAMAR GAINO⁵⁸⁰, inclusive de forma a apresentar hipótese em que se continua a analisar os preceitos do diploma revogado: salvo se inocente a simulação (art. 103 do Código Civil de 1916), as partes, tendo celebrado negócio simulado ainda sob a lei velha, em princípio⁵⁸¹, não poderiam alegar a invalidade. Entretanto, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar caso de simulação de contrato social no Recurso Especial 776.304/MG, verificando que os efeitos do negócio se estenderam a momento posterior ao da entrada em vigor da nova lei, julgou conforme os preceitos deste novo Código Civil, de forma a aplicar o novo regime simulatório a negócio jurídico celebrado à época do Código de 1916. A posição judicial, evidentemente, não encontra fundamento legal. A vinculação feita pela disposição intertemporal se limita aos efeitos pendentes do negócio jurídico, evidentemente aqueles próprios, visados pelas partes. Se tais efeitos se produzissem sob a égide da nova lei, embora o negócio que os previra houvesse sido celebrado sob o domínio da anterior, o novo Código Civil deles haveria de tratar. Mas só deles. Não há na lei autorização para regular, além dos efeitos, também a eficácia negocial. Os requisitos de validade, independentemente do momento de produção dos efeitos, continuam sempre regulados pela lei do tempo⁵⁸². Do contrário, fosse admitida a retroatividade do atual Código para a normatização também da qualidade dos elementos de negócios jurídicos já definitivamente constituídos, estar-se-ia a violar a garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Questão de interesse é a aventada por ITAMAR GAINO⁵⁸³: em razão de contrato de compra e venda simulada ainda sob a tutela do Código Civil de 1916, os simuladores só levaram a registro o título da transferência do imóvel em momento posterior ao da entrada em vigor do atual Código Civil. Com o autor, conclui-se inicialmente que, embora o art. 1.227 vincule a constituição do direito real ao registro do título, a invalidade decorrente da simulação tem por objeto o próprio negócio. Não se acompanha o autor, entretanto, quando considera a produção posterior dos efeitos perante terceiros de boa-fé, já na lei nova, suficiente para fazer aplicar ao negócio simulado as novas disposições do Código Civil de 2002. É que, como dito, a lei autoriza a incidência imediata do novo diploma somente aos efeitos próprios pretendidos pelas partes, neste limitado plano da eficácia, portanto. As discussões sobre a validade do negócio, consequentemente, seguem obedecendo a lei da época em que foi celebrado.

⁵⁸⁰ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 105-106.

⁵⁸¹ Pelo que já se expôs no tópico 3.1.1, porém, mesmo antes da vigência da nova lei o Superior Tribunal de Justiça já se distanciara da orientação legal.

⁵⁸² FILIPE ANTÔNIO MARCHI LEVADA, *O Direito Intertemporal e os Limites da Proteção do Direito Adquirido*, p. 153, também a limitar as questões de validade ao Código anterior, mostra exemplos de efeitos pendentes regulados pelo novo Código Civil: os juros de mora legais; as teorias da imprevisão e da lesão, ausentes da legislação anterior; e a exoneração da fiança por simples notificação.

⁵⁸³ *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, pp. 105-106.

4. CONCLUSÕES

O ordenamento jurídico, visando à preservação do agrupamento social, destaca as ocorrências que sejam relevantes e lhes confere juridicidade. De todo o conjunto da fenomenologia jurídica, destaca-se o negócio jurídico, porque por meio dele é que se estabelecem as relações recíprocas que permitem a satisfação dos interesses individuais dos particulares.

O âmbito do negócio jurídico, e também o da propriedade, é o da autonomia privada. Revelam-se essas duas figuras centrais do Direito Privado como expressão da própria autonomia, um no sentido dinâmico, o outro no estático. Se, de um lado, em seu aspecto dinâmico, a autonomia enuncia mesmo essa liberdade dos particulares em conformar as relações aos seus interesses, vem, de outro lado, a noção da vinculação.

A autonomia é sempre dependente de ordem jurídica já estabelecida, sem o que não se permite a formação de um contexto em que se floresça a possibilidade do estabelecimento de regras para o futuro. O ordenamento, então, reconhece-a e, nesse momento, regula-a. A partir daí, as relações humanas, já jurídicas, encontram limites também no próprio ordenamento.

Qualifica-se o negócio jurídico como operador juscientífico, porque, sem existência definida, serve a catalogar os inúmeros comportamentos humanos tendentes à produção de efeitos jurídicos. A definição de seus contornos depende da análise de seus elementos estruturais, dentre eles, a declaração de vontade. Mas só ela, porque a vontade interna, psicológica, constrangida ao íntimo das partes, pode servir, conforme as circunstâncias, como pressuposto de validade.

Os atos e os fatos jurídicos em sentido restrito passam pelo plano da existência e da eficácia. É operação de mera subsunção. Mas os negócios jurídicos, em razão de sua inerente complexidade, advinda da possibilidade que têm as partes em definir regras vinculantes, passam pelos planos da existência, validade e eficácia. O plano da validade serve como filtro de adequação, por meio do qual se qualificam os elementos constitutivos daquele negócio jurídico em concreto, depois contrastando-os ao parâmetro legal. Via de regra, passa-se ao plano subsequente, de eficácia, apenas se observados os requisitos mínimos de validade do plano correspondente. Admitem-se, excepcionalmente, efeitos jurídicos de negócio nulo.

As teorias subjetivistas pecam pela preferência que dão a um aspecto só do negócio jurídico. As volitivas, ao prestigiarem só a vontade, sequer elemento do negócio jurídico, deixam de explicar satisfatoriamente o motivo pelo qual, em determinadas

situações, os negócios jurídicos produzem efeitos diversos daqueles pretendidos pelas partes ou não os produzem absolutamente. As teorias da declaração, por outro lado, embora favorecessem elemento essencial do negócio jurídico, negavam atenção à influência que a vontade, como pressuposto evidente de validade da manifestação humana. Paralelamente, as teorias objetivas, fundadas num poder normativo inexistente, decorrente de uma delegação impossível, invertiam o processo de subsunção e se restringiam excessivamente ao aspecto do regramento que necessariamente têm os negócios jurídicos.

O negócio jurídico deve ser compreendido em sua estrutura, como de fato se apresenta externamente. Mas o ordenamento, tendo reconhecido o seu procedimento de elaboração, dá relevo à vontade, no sentido de a querer correspondente à declaração negocial, inclusive a ponto de determinar a invalidação do negócio, conforme ditem as circunstâncias. De igual forma, outros aspectos do processo negocial podem ser igualmente prestigiados, também conforme o exijam as circunstâncias.

Tendo reconhecido a importância da autonomia privada, o ordenamento jurídico regula, com firmeza, a maneira pela qual se formam as relações jurídicas vinculativas. O desvio pode ensejar invalidade, a variar da nulidade, tida como grau máximo, em razão da qualidade do interesse tutelado, à anulabilidade, se limitada a interesses particulares, e, por fim, à mera irregularidade.

A nulidade se reserva aos defeitos graves, atinentes a violações a normas de ordem pública. Nessas condições, a própria lei determina, como regra, a ineficácia absoluta do ato afetado. O reconhecimento judicial, aliás, faz retroagir a declaração. Por isso, confere-se a qualquer interessado, mesmo o responsável, a legitimidade para a invocação do defeito. Também é a gravidade do vício que não permite a confirmação do negócio nulo. Pela mesma razão, o negócio nulo não convalesce só pelo decurso do tempo. Excepcionalmente, porém, admite-se a produção de alguns efeitos, em razão do necessário suporte a outros interesses também caros ao ordenamento jurídico.

Já a anulabilidade trataria dos defeitos que dizem com interesses interpessoais de quem tenha discernimento e meios razoáveis de defesa. Até que seja decretada a anulabilidade, o negócio tem eficácia provisória. Mas, tal como na nulidade, a declaração judicial impõe o retorno das partes ao estado anterior. As partes podem conformar o ato, assim regularizando os efeitos já produzidos. A partir daí, a eficácia não é mais precária. Além disso, o negócio convalesce com a prescrição da pretensão do interessado.

A irregularidade não afeta o negócio jurídico em si, o qual, em razão disso, mantém sua validade e eficácia. Mas sanções podem ser impostas.

A simulação pode ser conceituada como a divergência intencional da declaração negocial à vontade interna das partes, feita com o intuito de enganar terceiros. Tem, portanto, como elementos essenciais o ajuste simulatório, a divergência entre a vontade das partes e a declaração negocial e, por fim, a intenção de enganar terceiros.

O ajuste simulatório é elemento específico da simulação. É ato preparatório, jurídico e não vinculativo, por meio do qual se ajusta a prática de negócio aparente, destituído, internamente, dos efeitos que vulgarmente haveria de produzir. Admite-se que seja o pacto simulatório anterior ou concomitante ao negócio, mas, por questão de lógica, não poderá ser posterior.

Atualmente, a legislação brasileira não mais vincula a existência da simulação ao intuito das partes de causar prejuízo a terceiros. Exige-se, porém, a intenção de enganar, pois, do contrário, a divergência se resolveria por recurso de interpretação dos negócios jurídicos.

Diferentemente da simulação, a reserva mental é defeito que afeta a validade da declaração negocial de apenas uma das partes. Ocorre em segredo. Não há, então, prévio ajuste entre os contratantes, mesmo na hipótese de a contraparte conhecer a divergência. A dupla reserva mental, embora a afetar ambas as partes, carece do ajuste que qualifica a simulação. A reserva mental não afeta a validade e a eficácia do negócio jurídico, salvo se do conhecimento da outra parte, quando, então, enseja a nulidade, sem espaço para conformação.

A simulação também se distingue da falsidade, na exata medida em que esta tem em primeiro plano o próprio documento. Não havia, inicialmente, divergência entre o real e o declarado. Só com a modificação posterior dos elementos do instrumento negocial, por qualquer pessoa, é que assim passou a existir. Difere, ainda, a falsidade lógica, restrita aos documentos públicos, nos quais se atermos declaração falsa.

O negócio fiduciário não se confunde com a simulação. À partida, porque não há divergência entre a vontade e a declaração negocial. Embora se utilize de um determinado contrato de maneira estranha à sua função econômica, o negócio é real e não se apresenta como meio de enganar ou de prejudicar terceiras pessoas.

A fraude à lei também se pratica por meio de negócios reais. A ilicitude está em que se querem os efeitos como forma de evitar a vedação de lei imperativa. Diz mais a critério de interpretação das leis. Enseja a nulidade do negócio. Difere, por isso, da fraude contra credores, sancionada só à anulabilidade.

Se considerada intrinsecamente, a simulação pode ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando as partes ajustarem a celebração de negócio jurídico absolutamente ineficaz. Nessa hipótese, a simulação compreenderia o negócio simulado e, evidentemente, o pacto simulatório. De outra banda, o ajuste das partes pode ensejar negócio jurídico simulado relativamente, de maneira a encobrir outro negócio, dito de dissimulado, cujos efeitos se pretendem verdadeiramente. Aqui, ao lado do simulado e do ajuste simulatório, põe-se também o negócio dissimulado. A dissimulação pode ser objetiva ou subjetiva, conforme se refira a um elemento do tipo do negócio ou a uma das partes.

Externamente, se observadas as consequências que provocam perante terceiros, a simulação pode assumir duas formas. Pode ser inocente, desde que o ajuste só possa promover a deturpação da consciência de terceiros, porque, se houver prejuízo, então se diz fraudulenta a simulação. No Brasil, desde o advento do novo Código Civil, também a simulação inocente passou a ser considerada defeito da declaração negocial.

No Código Civil brasileiro de 2002, não se estabeleceu conceito genérico de simulação. Diferentemente, permitiu-se que se conhecesse a figura por meio do estabelecimento de fórmulas casuísticas. A primeira hipótese se refere à de interposição fictícia de pessoa, por meio da qual se substitui, no negócio jurídico, o verdadeiro titular do direito por parte só aparente. A interposição de pessoa real não se qualifica como simulação. Pode ser negócio fiduciário ou fraude à lei. Neste ponto, está equivocada a posição do Superior Tribunal de Justiça.

A segunda hipótese legal é a de declaração não verdadeira. Trata-se de simulação objetiva.

Se a declaração negocial, por alguma razão, externar data incoerente, em função de prévio ajuste das partes, e ainda com o intuito de prejudicar terceiro, qualificar-se-á como simulação. É indevidamente restritivo o conceito de declaração negocial que não permita a simulação de data. Limita-se, de todo modo, aos documentos particulares.

Injustificavelmente, o negócio simulado, no Código Civil de 1916, era só anulável. Como consequência, podia ser ratificado pelas partes, inclusive de modo a regularizar os efeitos passados. Mas os simuladores não tinham legitimidade para invocar a nulidade. Se houvesse mútuo consenso, o distrato podia servir a tanto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à época competente para a uniformização também das leis federais, deu início a uma forçada mudança de regime. Sem fundamentação bastante, passou a permitir o afastamento do negócio simulado para

verificar a invalidade do negócio dissimulado, mesmo diante da norma que vedava legitimidade aos simuladores. Depois, seguiu na mesma trilha o Superior Tribunal de Justiça, então a justificar a decisão no princípio da equidade. Às vésperas da vigência do novo Código Civil, também sem razão jurídica suficiente, antecipando o regime que já se anunciava, o tribunal passou a qualificar como nulo o negócio simulado.

O novo Código Civil brasileiro trouxe substancial melhoramento ao regime simulatório. O negócio simulado, a partir de então, passou a ser sancionado à nulidade.

Sendo, pois, nulo o negócio simulado, a consequência é a de que, em regra, não produz efeitos. Não pode, por isso mesmo, ser confirmado. Sua invalidade afeta, ainda, os negócios posteriores, dele dependentes. Também os contratos acessórios, como os de garantia, prejudicam-se pela nulidade. Em resumo, as partes voltam ao estado anterior ao do momento de celebração do negócio. No Brasil, o registro público não tem o condão de sanar a nulidade do negócio simulado. Com a invalidação do negócio, cancela-se o registro e passa a ser possível a reivindicação do imóvel correspondente. Em Portugal, a lei confere efeito substantivo ao registro, de modo a manter os direitos de terceiros de boa-fé que o tenham levado a cabo antes do registro da própria ação de nulidade, exceto se ajuizada no prazo de três anos.

Têm os simuladores legitimidade para invocar a simulação, porque se beneficiam da regra que permite aos interessados a arguição de nulidade. No Brasil e em Portugal, porém, ressalvam-se os direitos dos terceiros de boa-fé.

Os terceiros, desde que demonstrem interesse, podem invocar a simulação para a confirmação da ineficácia. Os herdeiros sucedem os simuladores, de forma que, a rigor, mantêm as limitações que a estes a lei opõe. Nada impede, porém, que, na defesa de interesse próprio, atuem verdadeiramente como terceiros.

O interesse que legitima os terceiros pode expressar utilidade econômica ou moral, a ser considerada, inclusive, nos termos da lei processual. Refere-se, pois, a poderes, faculdades, expectativas ou exceções. Conforme a posição que o terceiro tenha perante o negócio simulado, o interesse pode ser o da manutenção do estado de aparências. Em ambas as situações, é inteiramente prescindível a boa-fé do terceiro.

A diminuição patrimonial do simulador já configura o interesse que legitimaria o credor a buscar a invalidação do negócio simulado. A lei portuguesa, porém, estabelece regime de maior proteção ao credor, explicitando, inclusive, a possibilidade de serem atingidos negócios anteriores à constituição de seu crédito, produza ou não a insolvência do devedor.

De regra, os herdeiros assumem a posição do simulado a quem sucederam. Mas, na defesa de interesse próprio, podem ser qualificados como terceiros. Em vida, segundo o Código Civil português, os herdeiros legitimários podem atuar na defesa de sua legítima, desde que haja intenção do autor da herança de os prejudicar. Não basta, porém, o prejuízo, é preciso que a ele se atrele a intenção do autor da herança.

Para além da legitimidade dos simuladores e de terceiros interessados, a nulidade que vem com a simulação pode ser reconhecida oficiosamente pelo juiz. Assim o assegura a própria gravidade do defeito, a ensejar, deliberadamente, a emissão de declaração negocial divergente da realidade. Os terceiros de boa-fé que, eventualmente, forem prejudicados, podem buscar, pelas vias ordinárias, a imunidade que a lei lhes garante.

A nulidade que afeta o negócio simulado é atípica, porque, em favor de terceiro de boa-fé, na relação que tiver com os simuladores, paralisam-se os efeitos que decorreriam da nulidade.

Qualquer terceiro de boa-fé poderá buscar a inoponibilidade, quer os que possam ser prejudicados por seu reconhecimento, quer os que possam ser beneficiados por ele. Considera-se de boa-fé o desconhecimento do terceiro acerca do ajuste simulatório. Porém, em caso de extrema negligência, suficiente, ela própria, a determinar o estado de ignorância do terceiro, inexistente motivo para a isenção que decorre da inoponibilidade. Em Portugal, o registro da ação, nas hipóteses em que tiver ele lugar, autoriza a presunção de má-fé do terceiro.

Combate-se o abuso no exercício da posição de terceiro de boa-fé com a observância do princípio do enriquecimento indevido. Só o desconhecimento não pode gerar ganho injusto ao terceiro, às custas de um prejuízo ao simulador.

No conflito entre terceiros, prestigia-se aquele a quem a declaração da nulidade favorecer, independentemente de boa-fé. A inoponibilidade se reserva só à relação que os terceiros de boa-fé tiverem com os próprios simuladores. Fora dessa hipótese específica, atende-se a regra geral da nulidade.

Não se constrange à declaração negocial do negócio simulado a análise necessária à identificação do conteúdo do negócio dissimulado. Todo o contexto em que se inseriu a simulação pode ser objeto de averiguação na tarefa de identificar-se a vontade real dos simuladores.

A nulidade do negócio simulado não influencia a situação do dissimulado. O negócio oculto, então, merece análise autônoma, como se não existisse a simulação. Em relação à forma, prefere-se a teoria que atende as razões determinantes da formalidade às que exigem a solenidade no ato simulado ou no dissimulado. No caso de imóveis, sendo só a natureza imobiliária a razão legal para a especialidade formal, a escritura pública que instrumentalizar o negócio simulado pode ser aproveitada à validade do dissimulado, exceto se a simulação for subjetiva.

O negócio dissimulado não pode ser reconhecido de ofício pelo juiz. Impõe-se o requerimento e a prova por parte do alegante.

Por fim, no que se refere à sucessão das leis civis no Brasil, o negócio jurídico simulado que tenha sido celebrado ainda sob a vigência do Código de 1916 continua a ser regulado por ele.

REFERÊNCIAS

ALARCÃO, Rui de, *Simulação: Anteprojecto para o novo Código Civil*, Lisboa, 1959.

ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, 16ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014.

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral, Ações e Fatos Jurídicos*, volume II, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010.

AURICCHIO, Alberto, *A Simulação no Negócio Jurídico: Premissas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1964.

AZEVEDO, Anderson Junqueira, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002.

BARACHO, Joaquim Martins Vaz, *Da Simulação nos Contratos (Alguns Aspectos do Problema)*, Dissertação (Licenciatura em Ciências Jurídicas), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1945.

BDINE JR., Hamid Charaf, *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*, Dissertação (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BETTI, Emilio, *Teoria General del Negocio Juridico*, 2ª edição, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

BEVILACQUA, Clovis, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 2.216/SP, acórdão de 28 de maio de 1991.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 10.984/RS, acórdão de 28 de junho de 1991.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 52.221/SP, acórdão de 23 de junho de 1997.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 62.308/SP, acórdão de 08 de junho de 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 155.242/RJ, acórdão de 15 de fevereiro de 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 196.319/MS, acórdão de 27 de junho de 2000.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 243.767/MS, acórdão de 21 de fevereiro de 2000.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 441.903/SP, acórdão de 10 de fevereiro de 2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 651.228/MG, acórdão de 08 de agosto de 2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 776.304/MG, acórdão de 05 de novembro de 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 794.940/MS, acórdão de 13 de março de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 918.643/RS, acórdão de 26 de abril de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 999.921/PR, acórdão de 14 de junho de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.076.571/SP, acórdão de 11 de março de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.102.938/SP, acórdão de 10 de março de 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.195.615/TO, acórdão de 15 de fevereiro de 2000.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.424.617/RJ, acórdão de 06 de maio de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 63.128/SP, acórdão de 08 de março de 1968.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 91.820/RJ, acórdão de 29 de fevereiro de 1980.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação 2015.05.1.005655-3.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento 1.0452.11.004660-7/0001.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação 2014.043969-9.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Agravo 0009476-95.2014.4.05.0000.

CARVALHO, Carlos Augusto, *Nova Consolidação das Leis Cíveis, Vigentes em 11 de Agosto de 1899*, Rio de Janeiro, Livraria de Francisco Alves, 1899.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de, *Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Civil Brasileiro*, Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997.

CHAGAS, Carlos Orlandi, *Novos Defeitos do Negócio Jurídico*, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: Trabalhos Relativos à sua Elaboração, volume I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: Trabalhos Relativos à sua Elaboração, volume II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: Trabalhos Relativos à sua Elaboração, volume III, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO NO DEBATE PARLAMENTAR: Elementos Históricos da Elaboração da lei 10.406, de 2002, volume I, tomos I a IV, Audiências Públicas e Relatórios, Brasília, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, volume I, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Da Simulação no Direito Civil*, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2014.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2014.

_____, *Da Confirmação no Direito Civil*, in Estudos em Homenagem do Centenário do Nascimento do Professor Paulo Cunha, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2012, pp. 119-228.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, *Equidade: Julgamento com Equidade e Julgamento por Equidade*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, volume 27, Belo Horizonte, 2000, pp. 221-234.

COSTA, Marcos Antônio, *A Simulação no Direito Tributário*, Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

DIDONE, André Rubens, *A Influência das Ordenações Portuguesas e Espanholas na Formação do Direito Brasileiro do Primeiro Império*, Dissertação (Doutorado em Direito), Universidade do Museu Social Argentino, 2003.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Estudos sobre a Simulação*, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora, 2004.

FERRARA, Cariota, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956.

FERRARA, Francesco, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, Campinas, Red Livros, 1999.

FIDALGO, Vitor Palmela, *Contributo para o Estudo da Teoria Geral dos Vícios do Negócio Jurídico: A Inexistência jurídica Existe?*, in O Direito, nº 145, 2013, pp. 309-337.

FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico, Parte General del Derecho Civil*, tomo II, Madrid, Fundación Cultural de Notariado, 1998.

FREITAS, Augusto Teixeira, *Consolidação das Leis Cíveis*, volume I, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FREITAS, Augusto Teixeira, *Consolidação das Leis Cíveis*, volume II, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

_____, *Promptuario das Leis Cíveis*, Rio de Janeiro, Instituto Typographico do Direito, 1876.

GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral*, volume I, 14ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

GAINO, Itamar, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

GIBOSKI, Tarcísio Alberto, *A Simulação no Contrato de Trabalho e os seus Reflexos na Previdência Social*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, nº 31, Belo Horizonte, 2000, pp. 29-40.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Dos Fatos Jurídicos e do Negócio Jurídico*, in *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2008.

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 21ª edição, revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro, Parte Geral*, volume I, 10ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

GUERRA, Marcelle Garcia, *O Código Possível: A Tarefa Estatal da Codificação Civil no Império do Brasil*, Dissertação (Mestre em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

JHERING, Rudolf von, *Culpa in Contrahendo, ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2008.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi, *O Direito Intertemporal e os Limites da Proteção do Direito Adquirido*, Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.'

LOTUFO, Renan, *Curso Avançado de Direito Civil: Parte Geral*, volume I, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUZ, Odília Ferreira da, *Negócio Fiduciário, Negócio Indireto e Negócio Simulado – Uma Tentativa de Distinção*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, volume 15, Curitiba, 1972, pp. 248-260.

MATTIETTO, Leonardo, *Negócio Jurídico Simulado (Notas ao art. 167 do Código Civil)*, in *Revista de Direito Processual Geral*, nº 61, Rio de Janeiro, 2006, p. 218-231.

MELO, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2014.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino Miranda, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes, *Tratado de Direito Privado: Parte Geral, Validade. Nulidade. Anulabilidade*, tomo IV, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983.

NERY JR., Nelson, *Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983.

NERY, Rosa Maria de Andrade e Nelson Nery Junior, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Privado*, volume I, tomo I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Privado*, volume I, tomo II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOVO CÓDIGO CIVIL, *Exposição de Motivos e Texto Sancionado*, 2ª edição, Brasília, Senado Federal, 2005.

ORDENAÇÕES, Quarto Livro.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli, *Institucionalização da Publicidade Registral Imobiliária no Ordenamento Jurídico Brasileiro* (Dissertação de Mestrado), Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2006.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 03B2201, acórdão de 09 de outubro de 2013.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 053958, acórdão de 10 de maio de 1950

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 054687, acórdão de 23 de julho de 1952.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 062033, acórdão de 21 de novembro de 1967.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 062585, acórdão de 18 de abril de 1969.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 47/11.1TBMDA.C1.S1, acórdão de 14 de janeiro de 2014.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 783/09.2TBLMG.P1S1, acórdão de 23 de novembro de 2011.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 983/06.7TBBGR.G1.S1, acórdão de 25 de março de 2010.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 1022/12.4TBCNT.C1S1, acórdão de 08 de setembro de 2016.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 1363/09.8TBSTR.C1S1, acórdão de 01 de abril de 2014.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo 4432/03.4TJVNF.P1.S1, acórdão de 14 de setembro de 2010.

PRATES, Homero, *Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos S.A., 1958.

RIBAS, Antonio Joaquim, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume I, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

_____, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume I, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo, *Direito das Sucessões*, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2013.

RODRIGUES, Antonio Coêlho, *Projecto do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional 1893.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz, *Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a Evolução de um Conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, nº 163, Brasília, julho/setembro, 2004, pp. 113-130.

SABATÉ, Luis Muñoz, *La Prueba de la Simulacion, Semiotica de los Negocios Juridicos Simulados*, Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1972.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro, *A Repercussão da Causa na Teoria do Negócio Jurídico: Um Paralelo com a Função Social dos Contratos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, nº 58, 2013, pp. 147-171.

SANTOS, Joaquim Felício dos, *Projecto do Código Civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891.

SANTOS, José Beleza dos, *A Simulação em Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1921.

SANTOS JR., E., *Sobre a Teoria da Interpretação dos Negócios Jurídicos, Estudo de Direito Privado*, Lisboa, Associação Acadêmica Lisboa, 1988.

THEODORO JR., Humberto, *Dos Defeitos do Negócio Jurídico no Novo Código Civil: Fraude, Estado de Perigo e Lesão*, in *Revista da EMERJ*, volume 5, nº 20, 2002, pp. 51-78.

_____, *Dos Efeitos do Negócio Jurídico no Novo Código Civil*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, nº 40, 2001, pp. 91-123.

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª edição, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2012.

VELOSO, Alberto Júnior, *Simulação: Aspectos Gerais e Diferenciados à Luz do Código Civil*, 2ª edição, Curitiba, Juruá Editora, 2009.

VELOSO, Zeno, *Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade*, 2ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

_____, *Fato Jurídico – Ato Jurídico – Negócio Jurídico*, in Revista de Informação Legislativa, ano 32, nº 125, Brasília, 1995, pp. 87-95.

VIDEIRA, Susana Antas e João Arsénio de Oliveira, *Algumas Notas sobre Casamentos Simulados*, in Scientia Iuridica, tomo LVII, nº 313, Braga, 2008, pp. 131-151.

VIEIRA, José Alberto, *Negócio Jurídico, Anotação ao Regime do Código Civil (Artigos 217º a 295º)*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009.